

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

**ETUDE CRITIQUE  
DE LA PROTECTION  
DE LA FAMILLE LÉGITIME  
CONTRE  
L'ENFANT ADULTÉRIN**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue le 29 Mai 1937, à 14 heures*

PAR

**Jean-Loup DEMONT**

---

**JURY**

*Président* : M. ROUAST, professeur.

*Suffragants* | M. ESCARRA, professeur.  
                  | M. AMIAUD, professeur.

---

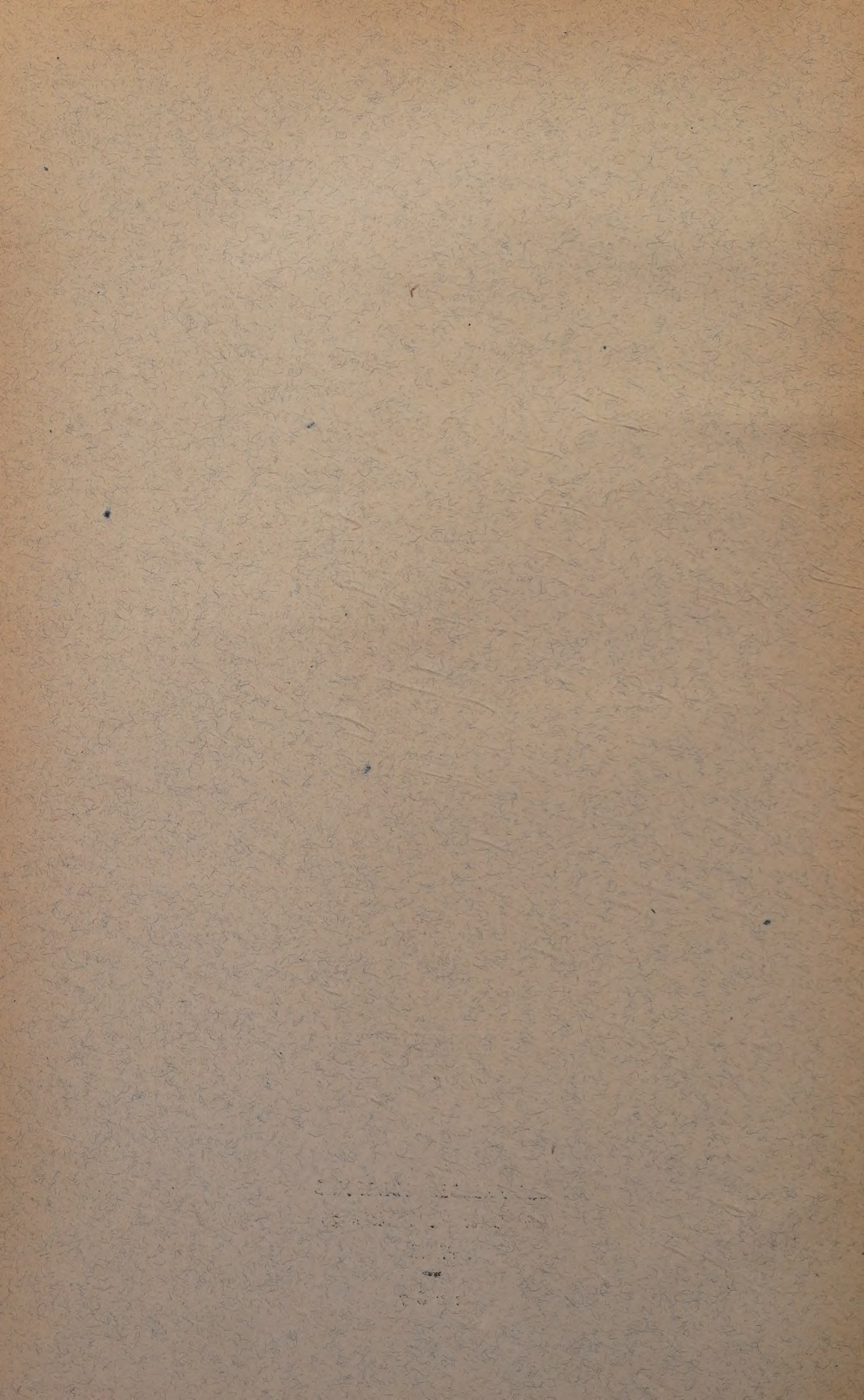
LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais, 96

PARIS

---

1937



## **L'ENFANT ADULTÉRIN**

---

*La Faculté n'entend donner aucune appro-  
bation ni improbation aux opinions émises dans  
les thèses; ces opinions doivent être consi-  
dérées comme propres à leurs auteurs.*

**ETUDE CRITIQUE  
DE LA PROTECTION  
DE LA FAMILLE LÉGITIME  
CONTRE  
L'ENFANT ADULTÉRIN**

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

*Présentée et soutenue le 29 Mai 1937, à 14 heures*

PAR

**Jean-Loup DEMONT**

---

**JURY**

*Président* : M. ROUAST, professeur.

*Suffragants* | M. ESCARRA, professeur.  
                  | M. AMIAUD, professeur.

---

---

LES PRESSES MODERNES

96, Galerie Beaujolais, 96

PARIS

---

1937

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTE DE DROIT

ETUDE CRITIQUE  
DE LA PROTECTION  
DE LA FAMILLE LÉGITIME  
CONTRE  
L'ENFANT ADULTÉRIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le 25 Mars 1927, à Paris



Président : M. HOUTZ  
Rapporteurs : M. ESCOFFIER, M. LAMBERT

Imprimé par  
M. LAMBERT

PARIS

1927

## Bibliographie

---

- ALVAREZ. — *De l'influence des phénomènes politiques économiques et sociaux sur l'organisation de la famille*; thèse, Paris, 1899.
- AMIABLE. — *Des preuves de la paternité hors mariage*; in *Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 369 et ss.
- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5<sup>e</sup> édit. t. IX 1917.
- BAINVILLE. — *Histoire de France*, 2 v. ed. Tallandier, Paris.
- BARET. — *Histoire des preuves de la filiation naturelle*, Paris, 1872.
- BEAUCHET. — *Histoire du droit privé athénien*; Paris, 1897.
- BEDÉL. — *Nouveau traité de l'adultère et des enfants adultérins*; Paris, 1826.
- BOURDEILLETTE. — *Les lois protectrices de l'enfance*; Paris, 1907.
- BRISSAUD. — *Manuel d'histoire du droit français*; 2 vol.; Paris 1898-1904. (nouvelle édition du tome II par J. BRISSAUD, 1935).
- CHAMPCOMMUNAL. — *La législation russe*; in *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1926, p. 290 et ss.
- CHAPLET. — *La famille en U.R.S.S.*; thèse Rennes, 1929.
- CODE CIVIL ALLEMAND; trad. française, 1904, dans la « collection des principaux codes étrangers »; Paris.

- COIRARD. — *La famille dans le Code civil*; thèse, Aix, 1907.
- COLIN. — *La famille dans la législation italienne*; thèse, Paris, 1931.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 8<sup>e</sup> édit. 1934.
- CONGRES INTERNATIONAL POUR LA PROTECTION DE L'ENFANCE.  
— Rapports et vœux.  
I<sup>er</sup> Congrès, Bruxelles 1913.  
II<sup>e</sup> Congrès, Bruxelles 1921.
- DAREMBERG et SAGLIO. — *Dictionnaire des antiquités greco-latines*; Paris, 1872-1917.
- DELZONS. — *La famille française et son évolution*, Paris, 1913.
- DEMOLOMBE. — *Traité de la paternité et de la filiation*; Paris 1860.  
— *Traité des successions* 2 vol.; Paris, 1857.
- DU PLESSIS DE GRENEDAN. — *Histoire de l'autorité paternelle*; thèse, Paris, 1900.
- ESMEIN. — *Le mariage en droit canonique*; 2 v.; 2<sup>e</sup> édit. 1929, par Genestal.
- FABIA. — *De la légitimation des enfants adultérins*; thèse Lyon, 1919.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*; Paris, 1836.
- FERRERO. — *Ruine de la civilisation antique*; Paris, 1921.
- FOURQUETTE. — *La condition juridique des enfants naturels simples, incestueux et adultérins dans le droit moderne*; thèse, Bordeaux, 1927.
- FUSTEL DE COULANGES — *Cité antique*, 24<sup>e</sup> ed.; 1917; Paris.  
— *Recherches sur quelques problèmes d'histoire*; Paris, 1893.

- *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*; Paris, 1891.
- *Leçons à l'impératrice*; Paris, 1930.
- GALY. — *La famille à l'époque mérovingienne d'après Grégoire de Tours*; thèse, Paris, 1901.
- GASTAMBIDE. — *L'enfant devant la famille et l'Etat*; thèse, Paris, 1902.
- GAUCHET. — *La tutelle des enfants naturels*; thèse, Paris, 1909.
- GENESTAL. — *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*; Paris, 1905.
- A. GIDE. — *Retour d'U.R.S.S.*; Paris, 1936.
- GIDE. — *De la condition de l'enfant naturel et de la concubine dans la législation romaine*. (à la suite de « Condition de la femme », 2<sup>e</sup> édit., 1885).
- GIRARD. — *Manuel élémentaire de droit romain*, 8<sup>e</sup> édit. 1929.
- GLOTZ. — *Histoire générale* : Histoire ancienne, I<sup>re</sup> partie; II<sup>e</sup> partie, avec la collaboration de M. Cohen, 1925; III<sup>e</sup> partie, Paris 1926; Histoire du Moyen-Age, avec la collaboration de MM. Pirenne, Cohen et Focillon, Paris 1933.
- GROLLEMUND. — *La protection de l'enfant mineur dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle*; thèse, Dijon, 1933.
- JOACHIM. — *De la protection des intérêts pécuniaires de l'enfant naturel*; thèse, Paris, 1905.
- KOENIGSWARTER. — *Organisation de la famille*, 1851.
- KOWALESKY. — *Coutumes contemporaines et lois primitives*.  
 — *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*; Stockolm, 1890.

- LALLEMAND. — *Histoire des enfants abandonnés*; Paris, 1885.
- LASSERRE. — *La légitimation des enfants adultérins*. Thèse Paris, 1931.
- LAURENT. — *Avant-projet du Code civil*, Bruxelles, 1882.  
— *Principes de droit civil français*, 1898-1903.
- LEBRUN. — *Condition des enfants adultérins et incestueux d'après le Code civil et la loi du 7 Novembre 1907*, thèse, Paris, 1911.
- LEFEBVRE (CH). — *Cours de doctorat sur l'histoire du droit matrimonial français* :  
I — Introduction : 1900-1906;  
II — Le droit des gens mariés; 2 vol. Paris 1908-1912.  
— *La famille dans le droit et dans les mœurs*, Paris, 1920.
- LEVY. — *Traité pratique de la légitimation des enfants naturels incestueux ou adultérins*; Paris, 1926.
- LOISEAU. — *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*; Paris, 1811.
- MARQUARDT. — *Manuel des antiquités romaines*; : « Vie privée des Romains »; 1888.
- MARTIN (Olivier). — *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*; thèse, 1901.
- MICHEL. — *L'idée de l'Etat*; Paris, 1896.
- MICHON. — *La famille et le mariage au temps de la Révolution*. in « Maintien et défense de la famille par le droit; 1930.
- MORILLOT. — *De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité, au Moyen-Age, en Europe*; in *Revue historique de droit français et étranger*, tome XII, p. 149.

- NAZ. — *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, 1935.
- PEYTEL. — *L'union libre devant la loi*; thèse, Paris, 1904.
- PLANIOI. — *Traité élémentaire de droit civil*, 12<sup>e</sup> édit. avec la collaboration de M. RIPERT; Tome I, 1935.
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité pratique de droit civil français*.  
Tome I « Les Personnes »; avec le concours de M. Savatier; 1925.  
Tome II « La Famille »; avec le concours de M. ROUAST; 1926.
- POUZOL. — *La recherche de la paternité naturelle*; Paris, 1902.
- PRUNET. — *De la condition juridique de l'enfant adultérin*; Paris, 1912.
- RABETTE. — *De la condition des enfants naturels dans l'ancien droit français*; thèse, Poitiers, 1907.
- REGNAULT. — *La condition juridique du bâtard au Moyen-Age*; Pont-Audemer, 1921.
- ROUAST. — *Les rapports entre parents et enfants en droit soviétique*; in *Revue catholique des institutions et du droit*. Janvier-Février 1937.
- ROUQUET. — *Evolution du droit de la famille vers l'individualisme*; thèse, Paris, 1909.
- ROUX. — *De la condition juridique des enfants naturels dans le Code civil allemand*; thèse, Paris, 1902.
- SAGNAC. — *Législation civile de la Révolution française*; Paris, 1898.
- SAVATIER. — *La famille russe*; thèse, Paris, 1929.
- SAVATIER R. — *Le Droit; l'amour et la liberté*; Paris, 1937.
- SENN. — *La famille antique et les principales assises de la famille moderne*; in « *Maintien et défense de la famille par le droit* »; 1930.

TASSARD. — *Etude critique de la législation contemporaine concernant la famille*, 1910.

TAUDIERE. — *Traité de la puissance paternelle*; Paris, 1898.

TRAVERS. — *De la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels*; Paris, 1907.

TROPLONG. — *Influence du christianisme sur le droit civil romain*; Paris, 1843.

TURGEON. — *Le féminisme français*; Paris, 1902.

VALLIER. — *Fondement du droit successoral*; thèse, Paris, 1902.

VERMEIL. — *Code des successions*; Paris, an III.

— *Code des enfants naturels*; Paris, an X.

---

## INTRODUCTION

---

Ce n'est pas l'apologie de l'adultère et de l'Enfant adultérin que nous voulons faire ici ; ce n'est pas l'éloge de l'infidélité à la parole donnée.

Nous réclamons simplement protection pour l'Enfant adultérin ; et après un siècle de plaintes platoniques, nous pensons qu'il est temps de passer aux actes.

Avant tout, la nécessité de la famille légitime est tenue pour acquise. Que l'individu soit envisagé en tant que personne, ou en tant que membre de la Société, la famille est indispensable.

La famille prend l'homme à sa naissance et le protège jusqu'à la fin de sa vie. C'est en son sein que l'Enfant reçoit, non seulement l'éducation, mais aussi l'instruction ; et, si aujourd'hui l'Etat, pour des fins politiques, s'est substitué à la famille dans cette dernière fonction, c'est le milieu familial seul qui initie l'Enfant aux grands idéaux collectifs, qui élève son âme au-dessus de la vie matérielle.

C'est en son sein que l'homme « peut savourer cette douceur incomparable de vivre avec ceux qu'il aime, et d'aimer ceux avec lesquels il vit ». C'est la famille qui lui donne la force nécessaire pour lutter victorieusement contre l'adversité. Grâce à elle, il devient fort, « fort de cette affection mutuelle qui survit à une carrière manquée, aux amitiés déçues, à la méchanceté des hommes, à la ruine de la santé ». (1)

(1) P. F. PECAULT : *petit traité de morale sociale*, 1909.

Seule, enfin, elle réalise pleinement l'idéal humain, en élevant l'instinct à la hauteur de l'amour, et en arrachant l'individu à son égoïsme.

La famille, si favorable à l'Enfant, à l'individu, ne présente pas une moins grande importance au point de vue social. Elle assure, en effet, la discipline de l'instinct sexuel, la fonction de reproduction et de propagation de l'espèce, grâce à laquelle la Société maintient son existence.

Elle seule fournit à l'Etat des citoyens sains et forts, des hommes capables de comprendre ce que signifie le mot « devoir ».

Mais cette nécessité de la famille ayant été posée en principe, en résulte-t-il que nous devons tout briser autour d'elle, pour la faire paraître plus haute, plus attirante. Doit-on notamment approuver la condition juridique de l'Enfant adultérin, telle qu'elle résulte du Code. Celle-ci correspond-elle à l'état actuel de nos mœurs ?

Il faut protéger la famille légitime, mais cette protection étant assurée, y a-t-il lieu de maintenir ce système rigoureux qui, après avoir chassé l'Enfant de la famille, lui refuse tout droit, toute protection, toute possibilité de rappeler à ceux qui l'ont fait naître qu'ils doivent le nourrir et l'élever.

Le législateur, qui proclame bien haut le droit de l'Enfant, a-t-il songé au droit de l'Enfant adultérin, alors que celui-ci ne lutte plus contre la famille légitime, mais contre l'adversité.

Comment doit être résolu aujourd'hui ce conflit entre la famille légitime et l'Enfant adultérin ?

A chaque époque de son histoire, la condition juridique de l'Enfant adultérin s'expliquait par l'état politique, religieux, économique, de la Société.

Aujourd'hui, en est-il de même ? Sans famille, n'ayant aucun droit vis à vis de ses parents, ceux-ci n'ayant envers leur enfant que des obligations morales (2), que devient l'Enfant adultérin ?

Le statut actuel de l'Enfant adultérin date du Code, et s'expliquait fort bien alors. « Il faut sauvegarder la famille légitime ; un des principaux dangers qui la menace est l'adultère ; pour le supprimer, il faut effrayer les coupables, multiplier les peines. Or, les peines qui les frappent le plus sont celles qui atteignent leurs enfants ». Voilà le principe qui a guidé les auteurs du Code, tel qu'on le trouve exprimé par Bossuet (3), Montesquieu (4), par l'avocat général Seguier (5), tous interprètes de l'opinion commune.

C'est encore ce principe qui est à la base de notre Code. Ses auteurs, tout en sacrifiant quelque peu aux idées révolutionnaires d'égalité et de liberté individuelle, ont compris la

- (2) Le Code civil accorde bien à l'enfant adultérin un droit alimentaire (art. 762 et arg<sup>1</sup>), mais celui-ci réussit rarement à s'en prévaloir. Toute reconnaissance, toute recherche de paternité adultérine étant prohibée, sa filiation, condition de l'exercice de son droit, ne sera établie que dans des cas exceptionnels.
- (3) BOSSUET : *de la connaissance de Dieu et de soi-même*, chap. IV, n° 11. «... Punir les pères dans leurs enfants, c'est les punir dans leur bien le plus réel, c'est les punir dans une partie d'eux-même, que la nature leur a rendue plus chère que leur propre membre. En sorte qu'il n'est pas moins juste de punir un homme dans ses enfants, que de le punir dans ses membres et dans sa personne... »
- (4) MONTESQUIEU. «... Il a fallu flétrir le concubinage, il fallait donc flétrir les enfants qui en étaient nés. »
- (5) Réquisitoire de l'avocat général Seguier devant le Parlement de Paris, en 1779.  
«... On a reconnu que le lien le plus fort, qu'on a apporté aux conjonctions illicites, était de flétrir, en quelque sorte, les enfants qui en étaient le fruit...»

persistance des usages anciens sur le mariage et la famille, usages en antagonisme avec les lois de la Convention.

« Entre les uns et les autres, le choix de Bonaparte était fait, ce choix était en même temps celui de ses conseillers d'Etat, jurisconsultes de la vieille France... La famille du Code civil sera la famille de l'Ancienne France » (6).

Les bâtards et parmi eux, l'Enfant adultérin, seront donc dépouillés des faveurs dont les avait gratifiés le législateur révolutionnaire. Ils retrouveront la place effacée qui a été la leur depuis de longs siècles, mais leur condition est conforme à l'état des mœurs, à l'état politique de la France, à l'égoïsme intense de cette époque.

Aujourd'hui, la situation est bien différente.

Le mouvement individualiste, après une brève apparition dans la période intermédiaire, suivie d'une longue éclipse, s'est de nouveau affirmé dès la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle.

La conception de la famille s'est modifiée. De plus en plus, on considère celle-ci comme uniquement formée des père et mère et des enfants mineurs; les droits des autres parents disparaissent progressivement, en tant, du moins, qu'ils sont fondés sur l'existence d'un lien familial; des droits importants ont été reconnus aux enfants naturels (ex. loi 25 mars 1896) même en présence de ces privilégiés, tels que conjoint et descendants légitimes.

Enfin, un mouvement immense se manifeste, en faveur de l'Enfant. Tous les pays votent des lois protectrices de l'Enfance, organisent des Œuvres nationales pour veiller sur sa vie morale et physique. La France ne s'est pas montrée moins généreuse. Dès 1841, elle s'engageait dans cette voie; depuis,

(6) DELZONS : *la famille française et son évolution*, p. 18.

des lois de plus en plus nombreuses se sont succédées pour organiser la protection de l'Enfant dans la Société, dans la famille.

Au début du XX<sup>e</sup> siècle, la question était posée sur le plan international. L'Association internationale pour la protection de l'Enfance était fondée à Bruxelles en 1921. Un comité consultatif, à la Société des Nations, recevait la mission d'étudier toute question concernant la jeunesse et l'enfance, et susceptible de se prêter à une activité internationale.

Malgré ce mouvement en faveur de l'Enfant, ces plaintes en faveur de l'Enfant adultérin dont on déplore la misère physique et morale, aucun effort n'a été tenté par les partisans de la famille légitime. L'Enfant adultérin est un danger pour la famille légitime, il serait souhaitable qu'il n'existe pas, le maximum que l'on puisse faire pour lui, c'est de l'ignorer.

Alors, au nom de l'Enfant oublié, les socialistes, les communistes proposent des réformes : l'égalité des enfants légitimes et des enfants adultérins, la destruction de la famille légitime.

Ils ont déjà obtenu du législateur le vote des lois de 1907, 1915 et 1924, qui permettent la légitimation de l'Enfant adultérin, premier pas vers le but qu'ils poursuivent, réforme qui n'a guère amélioré la condition de la généralité des Enfants adultérins.

Est-ce la destruction de la famille légitime que vous aurez voulue. Peut-être faut-il l'affirmer, car votre inaction en sera responsable.

Vous plaiguez l'Enfant adultérin ! Mais depuis 1804 qu'il en est ainsi, il est en droit de vous demander aujourd'hui des actes.

L'élan est donné, des pays étrangers se sont déjà efforcés d'organiser une protection efficace de tous les Enfants, même de ceux qui sont « nés d'un crime ».

Il faut suivre leur exemple, il faut construire, il faut protéger l'Enfant adultérin.

---

LIVRE PREMIER

# HISTORIQUE

---



## CHAPITRE PREMIER

### En Grèce

---

#### I

Aussi loin qu'il est possible de remonter dans leur histoire, on voit les Grecs habiter des cités; mais il existe dans leurs légendes (1) et leurs épopées, des souvenirs très nets d'une époque reculée, où la société avait une organisation plus rudimentaire.

« Si les poèmes homériques présentent, le plus souvent, le tableau de groupes relativement nombreux, et arrivés au plein développement de la vie urbaine, ils recueillent aussi, à l'insu du poète, des récits issus d'un passé plus lointain, où dominait le γένος. (2)

Le γένος, la famille patriarcale, est l'unité politique, religieuse, économique de cette époque très ancienne.

Groupe de personnes plus ou moins important, il lui faut un chef, c'est l'aîné de la branche aînée, et ce chef est absolu. Aucune organisation politique n'est au-dessus de lui; il n'y a, sur le territoire de l'Attique, que des groupes sem-

(1) Sur la valeur historique des légendes, cf. FUSTEL DE COULANGE. *Nouvelles Recherches*, p. 123.

(2) GLOTZ : *Histoire de la Grèce ancienne*, I, 118.

blables, isolés, jalousement indépendants (3). Son pouvoir est sans limites, ses décisions sans appel. Il commande à tous, femme, enfants, esclaves ; il a sur tous, les droits les plus étendus ; il peut les tuer, les vendre. Il n'a d'autre frein que les mœurs.

Indépendante jusqu'à l'extrême, chaque famille a sa religion, ses dieux, son sacerdoce. Son chef en est le prêtre. C'est lui qui invoque les ancêtres, qui accomplit les sacrifices. « Il est le dépositaire des rites mystérieux du culte et des formules secrètes de la prière. Toute religion réside en lui ». (4) Il veille à la pureté du culte ; il doit prendre garde à ce qu'aucun étranger n'approche du foyer. Il doit réprimer l'adultère qui souillera la femme d'un contact étranger, qui rendra désormais sacrilège toute cérémonie à laquelle elle participera, qui risque de troubler l'ordre des naissances, et permettra, peut-être, à l'Enfant adultérin, c'est-à-dire à un étranger, de reposer dans le tombeau des ancêtres.

Unité politique, unité religieuse, le γένος est également l'unité économique de cette organisation sociale.

Aucun échange n'a lieu entre les divers γένη ; il n'y a pas de signes monétaires pour permettre le commerce. L'industrie est toute familiale ; l'agriculture, le seul moyen d'existence.

Or, chaque famille vit sur son domaine et ce domaine, propriété collective du groupe, est indivisible (5). A la mort

(3) THUCYDIDE, II, 15.

«... les Athéniens, même après leur réunion par Thésée, vécurent dans les campagnes ; chaque famille ayant sa vie isolée et indépendante. » Cf. FUSTEL DE COULANGE o. c., p. 125.

(4) FUSTEL DE COULANGE : *Cité antique*, p. 97.

(5) FUSTEL : *Nouvelles Recherches*, p. 126.

« Le γένος, fondé sur la naissance et sur la religion, étroitement uni autour de l'immuable foyer et de l'antique tombeau des ancêtres, ne se divise et ne se rompt jamais... le domaine est à l'image du γένος grand comme lui, indivisible comme lui. »

du chef de γένος, il passera à son fils aîné, qui lui-même, le transmettra à son aîné, sans avoir pu en distraire une parcelle. La terre est inaliénable.

Chaque γένος est un organisme social complet. Il n'a nul besoin des autres pour vivre, mais nulle vie n'est possible en dehors de lui.

Isolé, l'homme est la proie de ses semblables: il est tué ou esclave; la pitié n'existe pas; les dieux eux-mêmes la condamnent. La religion ne dit pas à l'homme en lui montrant un autre homme « Voilà ton frère »; elle lui dit « Voilà un étranger. Il ne peut pas participer aux actes religieux de ton foyer, tes dieux repoussent son adoration et le regardent comme leur ennemi. Il est ton ennemi. » (6)

Dans ce monde, toute faiblesse est un danger de mort. Le groupe ne peut vivre que grâce à une discipline sévère. Il n'a pas encore fait la distinction subtile entre l'Enfant du crime et celui de la faute. Quel qu'il soit, l'Enfant qui n'est pas admis dans un γένος, soit au moment de sa naissance, à la suite de la cérémonie des ἀμφιπόμηναι, soit plus tard, par l'adoption, aura une condition très dure, s'il réussit à vivre.

Qu'il soit adultérin par son père ou par sa mère, son sort n'est guère meilleur.

Dans le premier cas, il naîtra étranger au milieu d'une famille hostile; la faute de sa mère sera sévèrement punie, que le père soit marié ou non (7). Aussi, pour éviter le châtimement qui la menace, fréquemment la femme fera disparaître la preuve de sa faute, la mère exposera son enfant.

(6) *Cité antique*, p. 104.

(7) Au V<sup>e</sup> siècle, alors que les mœurs se sont adoucies, la puissance paternelle atténuée, le père peut encore vendre comme esclave sa fille séduite.

S'il réussit à franchir ce moment redoutable, s'il est élevé, il n'entrera pas néanmoins dans la famille de sa mère.

La parenté ne se transmet pas par les femmes, l'Enfant n'est pas l'agnat des membres du γένος de la mère ; la parenté naturelle n'existe pas ; il n'est qu'un bâtard, un νόθος , un homme sans droit.

Le voudrait-il, son père ne pourra rien lui transmettre, car il ne possède rien. Toute richesse réside dans la terre, et la terre appartient au γένος , non à celui qui n'en a que l'administration temporaire.

L'Enfant adultérin par sa mère, ne saurait être mieux traité, car il est un danger pour le γένος .

« La première règle du culte est que le foyer se transmette de père en fils ; or, l'adultère trouble l'ordre de la naissance. Une autre règle est que le tombeau ne contienne que les membres de la famille, or le fils de l'adultère est un étranger, qui sera enseveli dans le tombeau. Tous les principes de la religion sont violés : le culte est souillé, le foyer devient impur, chaque offrande au tombeau une impiété. Par l'adultère la série des descendants est brisée, la famille même, à l'insu des hommes vivants, est éteinte ; il n'y a plus de bonheur divin pour les ancêtres ». (3)

Il faut donc préserver le γένος d'un si grand malheur, il faut punir l'épouse adultère ; il faut chasser l'Enfant adultérin, cet étranger.

Mais avant de le bannir, il est nécessaire de le dévoiler, car il cherche à s'introduire comme un transfuge au milieu du γένος , il tente de se faire passer pour un enfant légitime.

La présence d'un enfant adultérin auprès du foyer étant

(8) *Cité antique*, p. 105. Cf. Démosthène 44, 49. Aristote : *Aves*, vers 1660.

un sacrilège, c'est au chef du γένος, en sa qualité de chef religieux, qu'il appartient, pour chaque enfant, de déclarer s'il doit, ou non être admis dans le sanctuaire familial (9), s'il doit ou non être déclaré légitime. S'il est rejeté de la famille, notamment comme bâtard, il est exposé; et dès lors voué à la mort ou à l'esclavage.

La mort est d'ailleurs son sort le plus fréquent. En effet, dans cette économie pastorale et agricole, un petit nombre d'esclaves suffit pour mettre en valeur le domaine familial. Or, les luttes entre γένη fournissent des esclaves adultes en nombre suffisant (10).

Pourquoi, en conséquence, recueillir de tout jeunes enfants, qui réclameront beaucoup de soins, avant que l'on puisse profiter de leur travail.

Isolé, au milieu d'une société où les isolés ne vivent pas, l'enfant adultérin périra certainement.

## II

Les γένη ne devaient pas rester isolées. Tantôt librement, d'un consentement unanime; tantôt sous l'influence d'une famille plus puissante que les autres, les γένη s'unirent : les phratries, les cités naquirent (11).

Les γένη conservèrent momentanément leur indépen-

(9) En ce sens, v. GLOTZ in Daremberg et Saglio, v<sup>o</sup> expositio.

(10) Cf. *Odyssée*. IV, 735.

(11) Il est d'ailleurs impossible de fixer d'une façon précise ni quand ni comment ce phénomène se produisit. Cf. GLOTZ, op. cit I, 126.

dance. La cité ne fut au début qu'une confédération. Elle n'eut pas le droit d'intervenir dans les affaires particulières de chacun de ses membres. Le Droit privé tel qu'il avait été fixé à l'époque de l'isolement subsista.

Cette situation devait être de courte durée. Le régime gentilice avait pour condition essentielle une économie exclusivement patriarcale ou agricole, l'éparpillement dans la campagne.

Or, bientôt, les *γενη*, membres d'une même cité, se groupèrent autour du foyer de la cité. Elles s'installèrent dans la *πολις*, « des institutions séculaires se fixèrent dans un cadre nouveau ».

Fatalement, la concentration des *γενη* devait conduire à la faillite des institutions faites, non pour un régime urbain, mais pour un régime essentiellement rural.

La vie urbaine eut pour conséquences le développement des échanges, la possibilité du commerce. La religion s'élargit; elle dépassa le cadre étroit du *γένος* : Tous les membres de la cité, de la phratrie eurent des dieux communs.

Les isolés se firent plus nombreux, la vie leur devint possible. « A côté des aristocrates, des membres des *γενη*, apparaissent déjà, dans l'ombre, de tout petits personnages, les demiurges. Hommes libres, ils arrivent parfois à la fortune, sans jamais, cependant, devenir égaux à ceux qui vivent de la terre. Et plus bas grouille une foule confuse et chaque jour plus nombreuse (12) d'hommes libres, qui n'ont pas de place dans les cadres réguliers de la cité, car celui qui est sans

(12) La plèbe grecque est désignée par DENYS par l'expression : οἱ πολλοί, litt : les nombreux.

foyer ( *αναστιος* ), qui ne fait pas partie d'une phratrie( *ἀφρητωρ* ) par cela même n'a pas de valeur sociale » (13).

En principe, le *γένος* reste, dans la *πόλις*, souverain maître de ses décisions. En fait, il a besoin, pour les appliquer, de l'approbation et du concours des membres des autres *γενη*. Bon gré, mal gré, il doit tenir compte d'avis, qui se font impérieux.

Peu à peu, le *γένος* se désagrège. Les cadets s'émancipent, la propriété se divise. Sans doute, elle reste inaliénable; c'est un principe absolu que les biens restent dans le *γένος* (14), mais celui-ci a diminué d'étendue, le groupe s'est restreint. A la mort du chef de famille, chaque fils devient indépendant, et emporte sa part de patrimoine.

Ce mouvement d'émancipation devait recevoir une impulsion puissante de la colonisation. Le Pont-Euxin, la Grande Grèce sont colonisés au VIII<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ; au VII<sup>e</sup> siècle, les Phocéens apparaissent en Gaule.

L'ouverture de marchés immenses amène naturellement, partout, le développement de l'industrie et du commerce, pour répondre à des besoins sans cesse accrus (15).

Mais c'est surtout dans l'organisation sociale des cités, que la colonisation, par l'évolution économique qu'elle détermine, engendre un bouleversement profond et décisif. Elle provoque une classification nouvelle des individus. Elle renverse la vieille échelle des valeurs et des dignités : « Grâce à elle, voici que surgissent des horizons les plus divers des hommes jeunes, ardents, conscients de la puissance qu'ils

(13) GLOTZ : op. cit. I. 137.

(14) PLUTARQUE : *Solon* 21, et PLATON : *Lois* XI, 922.

(15) La monnaie réapparaît au déclin du VII<sup>e</sup> siècle.

représentent : l'armateur, le marchand, le petit cultivateur libre, le marin, l'artisan. Certes, la plupart ne sont pas « nés » et leurs aïeux ne leur ont légué, pour tout héritage, que leur courage. Mais beaucoup reviennent des pays lointains, pleins de sagesse, pourvus de capitaux, bien décidés à ne plus accepter d'autres maîtres qu'eux-mêmes. Entre le peuple et l'aristocratie agraire, se constitue une classe nouvelle, robuste et saine. Les temps, où la possession de la terre conférait seule la considération et la richesse, sont révolus. Voici venir l'âge où l'argent fait l'homme, par conséquent l'âge de la bourgeoisie » (16).

Dès lors, le régime social ne devait pas tarder à se modifier. L'ancienne famille aristocratique et sacerdotale se trouve affaiblie. « Le droit d'aînesse ayant disparu, elle avait perdu son unité et sa vigueur. Les clients s'étant, pour la plupart, affranchis, elle avait perdu la plus grande partie de ses sujets ». D'autre part, les hommes de rangs inférieurs sont de plus en plus nombreux, de plus en plus forts.

« La cité changea d'aspect ; au lieu qu'elle avait été précédemment un assemblage, faiblement lié, d'autant de petits Etats, qu'il y avait de familles, l'union se fit d'une part entre les membres patriciens des γένη, et de l'autre, entre les hommes des classes inférieures » (17).

Le δῆμος placé en dehors de l'organisation sociale de la cité en souffre et cherche à la détruire.

Les chefs de famille, avides des magistratures de la cité, négligent leur petite souveraineté locale.

« Ceux qui avaient intérêt à maintenir cette institution

(16) GLOTZ, op. cit. II, 57.

(17) *Cité antique*, p. 322.

y tenaient beaucoup moins, ceux qui avaient intérêt à la modifier devenaient plus hardis et plus forts » (18).

Pour prévenir une révolution violente, Dracon, puis Solon, modifient le régime social, économique, politique de l'Attique.

Solon affranchit les hommes, les uns par des lois limitant la puissance paternelle ; les autres, en leur reconnaissant les droits civils qui leur manquaient. « Grâce à lui, l'homme du peuple eut des lois, les mêmes lois que les nobles ; lois auxquelles il fut soumis, mais par lesquelles aussi il fut protégé. Lois qui lui garantirent son petit coin de terre, ou la liberté de sa personne. Au besoin, il put recourir aux Tribunaux » (19).

Il affranchit la terre par une série de dispositions sur la constitution de la dot des filles, le droit de succession, celui de tester librement, de telle sorte qu'au lieu de rester dans la même famille la terre circulât.

Enfin, il réorganise le corps social. « Avant lui, un seul principe de discrimination entre les Athéniens, la naissance : Elle sépare de la catégorie des élus, qui ont droit à tout, celle des réprouvés, qui n'ont droit à rien. Après lui, une seule distinction, la richesse : progrès immense car la richesse, elle, peut s'acquérir » (20).

L'œuvre était incomplète, malgré Dracon et Solon, les Eupatrides étaient toujours debout et assez forts pour empêcher toute réforme profonde de la cité.

Clisthènes résolut de les briser en « brisant à jamais les cadres de leur orgueil ». Plus de groupes fami-

(18) *Cité antique*, p. 302.

(19) FUSTEL DE COULANGES. *Leçons à l'Impératrice*, p. 55.

(20) GLOTZ, *op. cit.* II, 87.

liaux ni d'intérêts collectifs : l'individu tout seul devant l'Etat, armé d'une puissance redoutable. Les hommes sont alors répartis dans les dèmes, d'après leur domicile, la naissance n'y compte pour rien. Le culte, pour la célébration duquel la nouvelle tribu ou le dème se réunit, n'est plus le culte héréditaire d'une ancienne famille. Les tribus ont de nouveaux héros éponymes ; et les dèmes adoptent uniformément Zeus, gardien de l'enceinte et Apollon, protecteur. La dignité de prêtre et de chef est annuelle (21).

L'aristocratie des eupatrides est dès lors renversée. Plus de caste religieuse, plus de privilège de naissance, ni en religion, ni en politique ; la société athénienne est complètement transformée.

\* -

Cette transformation est, en même temps, celle de la famille légitime. A la suite de l'affaiblissement et de la désagrégation du γένος, la famille athénienne, οἶκος, présentait dans un cercle beaucoup plus restreint, les mêmes caractères que l'association plus large, dont elle dérivait.

Solon, Clisthènes, atténuent profondément cette similitude. La famille qui se compose désormais du père, de la mère et des enfants (22) voit son rôle politique s'effacer de plus en plus. L'Etat veut supprimer cet intermédiaire, rebelle à sa

(21) Cf *Cité antique*, p. 333 et suiv.

(22) Dracon enlève aux γεννήται, le droit de réclamer vengeance d'un crime commis sur l'un des leurs (GLOTZ, op. cit. II, 421).

Solon supprime leur droit de succession (FUSTEL DE COULANGES, *Nouvelles Recherches*, 135).

mainmise sur l'individu. Emancipé des associations religieuses, et devenu, en quelque sorte, purement laïc — la religion n'est plus qu'un service de l'Etat — il ne considère plus l'individu comme membre d'une famille, mais comme citoyen, il se croit autorisé à réglementer les droits des pères sur leurs enfants (23).

D'autre part, les nécessités de la vie obligent les membres d'une même famille à déployer leur activité dans des centres lointains; et pour le succès de leurs opérations commerciales, il est nécessaire qu'ils jouissent d'une indépendance incompatible avec l'ancienne conception de la puissance paternelle.

Enfin, par suite du développement du commerce, et de l'industrie artisanale, la famille ne détient plus le monopole de la vie économique; il est possible désormais de s'en affranchir.

Puis ce furent les guerres médiques. Très vite après, Athènes devint une ville nouvelle, la capitale d'une grande confédération, l'entrepôt du marché méditerranéen. « Entre l'Acropole et les quais du Pirée, affluent une masse d'anciens cultivateurs, qui avaient déserté les campagnes, pour se mêler à une multitude de métèques et d'étrangers. Ainsi s'était formé tout un peuple de marchands, d'artisans, d'ouvriers et de matelots ».

Sans doute, la richesse, conséquence du développement

(23) L'Etat s'empare de l'Enfant, dès son jeune âge, et se charge de son éducation. ARISTOTE : *Politique* IV, 7; PLUTARQUE : *Lycurques*, 16. Les exercices de l'éphèbe suivent ceux de l'enfant (PLUTARQUE, *Lycurque* 17).

du commerce, se généralisait. Le taux qui déterminait la répartition des individus dans les différentes classes censitaires étant resté immuable, les privilèges, jadis réservés à l'élite sociale, se communiquaient à un nombre croissant d'individus.

Mais, malgré tout, il restait par milliers des zeugites qui ne pouvaient aspirer aux honneurs, des petits paysans et des travailleurs qui ne possédaient pas le minimum nécessaire pour s'élever au-dessus de la condition des thètes. C'étaient eux, pourtant, qui fournissaient les bataillons d'hoplites et les équipages de rameurs. « Ils étaient les vainqueurs de Marathon et de Salamine, les défenseurs de la confédération ».

Conscients de leurs droits et de leur force, ils exigèrent leur part dans le gouvernement; revendication que bien des aristocrates tenaient pour légitime.

Deux de ces derniers : Ephialtès et Périclès se proposèrent, en donnant satisfaction au peuple, de poursuivre l'œuvre de Solon et de Clisthènes.

Ils fondèrent la démocratie.

L'accession du peuple au pouvoir achève la libération de l'individu à l'égard de sa famille.

Les liens de la puissance paternelle se relâchent. Le père a encore un droit de correction très étendu; dans les cas graves il peut, après avoir pris l'avis d'un conseil de famille, expulser le fils, par abdication de la puissance paternelle, peut vendre sa fille comme esclave (24). Mais l'inscription sur les registres du *dème* confère à l'adolescent, majeur de 18 ans, de père et de mère citoyens, tous les droits de la majorité ci-

(24) GLOTZ, *op. cit.* II, 583.

vile et politique (25). Désormais, il n'est plus soumis à la puissance de son père ou de ses tuteurs, il est citoyen.

Le principe traditionnel de la responsabilité collective de la famille en matière pénale, déjà attaqué par Dracon, est vivement combattu au théâtre, à l'Assemblée et devant les tribunaux. Finalement le principe de la responsabilité personnelle l'emporte.

Sur tous les plans, le droit de l'individu se substitue à celui de la famille. Deux éléments tendent à subsister seuls : l'Etat et l'individu. La famille n'est plus considérée que comme l'organisme le plus propre à assurer la procréation et l'éducation première de l'Enfant, du futur citoyen.

\*  
\*\*

La vie économique, la vie religieuse, la vie politique, se sont transportées sur un plan plus vaste que celui de la famille. Ce mouvement ne peut être que favorable au bâtard, au νόθος.

Est bâtard, tout enfant né hors d'un mariage légitime, tout enfant né d'une union contractée hors des formes de l'ἐγγύησις.

Il n'y a pas de distinction entre les divers bâtards : enfant naturel ou enfant adultérin. D'ailleurs, pourquoi en ferait-on ? car, si l'adultère de la femme est sévèrement puni, la fille qui se laisse séduire est traitée rigoureusement par son père. Ce-

(25) ISÉE, VII, 27, ARISTOTE : *Constitution d'Athènes*.

lui-ci a le droit de la vendre comme esclave. La répression du crime de la mère est égale, pourquoi traiter différemment les enfants ?

L'Enfant adultérin est un bâtard, et, pour lui attribuer cette qualité, point n'est besoin, comme aujourd'hui, d'une action en désaveu.

Le mari est maître d'accorder ou de refuser l'entrée dans la famille à l'Enfant de sa femme. Ses droits sont ceux de l'ancien chef de γένος . Quand il lui naît un enfant, la question se pose pour lui de savoir s'il l'élèvera ou l'exposera. Elle se trouve résolue par les « ἀμειβορμία », fête de famille qui se célèbre le cinquième jour de la naissance de l'enfant. (26).

Rejeté de la famille, notamment comme fruit de l'adultère de l'épouse, il est exposé (27).

Un esclave, une accoucheuse se charge de la « lugubre opération ». L'Enfant est placé en évidence dans les endroits fréquentés, tels que les hippodromes. On le confie à la divinité, à l'entrée d'un temple ou d'une grotte consacrée. A l'époque d'Aristophane l'Enfant est le plus souvent exposé dans de grossiers plats d'argile. On l'entoure de bandelettes sacrées, une couronne d'olivier sur la tête, symbole d'inviolabilité. On lui met un collier, on place à côté de lui divers

(26) « Là, devant l'autel d'Hestia, le père décidait souverainement s'il gardait l'enfant ou l'abandonnait. En s'abstenant de fêter les ἀμειβορμία, il manifestait, par cela même, son intention d'écarter de la famille le nouveau-né, mais au contraire, en les fêtant, il le recevait par cela même à son foyer. »

BEAUCHET. *Histoire du Droit privé athénien*, II, 87.

(27) HERODOTE, I, 59. PLUTARQUE : *Alcibiade*, 23 ; *Agesilas*, 3.

bibelots qui seront les gardiens chargés de veiller sur son existence.

Malgré toutes ces précautions (29), la mort est le destin assez probable de l'Enfant exposé.

La Société grecque était-elle organisée de telle façon, que beaucoup de familles ou d'individus eussent intérêt à se mettre en quête de nouveau-nés ?

L'adoption n'offrait qu'un débouché très minime, car ceux qui voulaient adopter un enfant le prenaient déjà grand ou dans les branches collatérales.

On serait tenté de croire qu'en un pays où l'esclavage était une institution admise, les particuliers ou les marchands s'empressaient de mettre la main sur une denrée gratuite. C'était la servitude, c'était du moins la vie. Le cas se présentait en effet de loin en loin

Malheureusement, l'élevage systématique du bétail humain passait pour une opération peu avantageuse.

Le maître restreignait déjà le croît de ses propres esclaves. « Allait-il démentir par un coup de tête, tous les principes de l'économie domestique » (30).

Si l'on prenait quelques nouveau-nés, c'était pour en faire des instruments de plaisir et des objets de luxe. On prenait d'ailleurs peu de garçons, il n'y a pour eux qu'un dé-

(28) *Nota.* — L'exposé qui suit, concerne l'enfant dont le père est marié, aussi bien que l'enfant adultérin par sa mère. Quel qu'il soit, sa condition juridique est la même et sa condition matérielle est sensiblement identique. Qu'elle craigne le châtimement marital ou paternel, la femme exposera souvent son enfant. Qu'il soit adultérin ou naturel, l'Enfant illégitime est un étranger et, comme tel, doit être chassé de la famille.

(29) ...qui ne sont probablement prises, que lorsque c'est la mère qui expose l'Enfant à l'insu de son mari ou de son père.

(30) Cf. DAREMBERG et SAGLIO, v<sup>o</sup> expositio.

bouché : l'Orient, où ils sont expédiés comme eunuques ; un peu plus de filles ; « avec du coup d'œil on arrive à deviner celles qui seront jolies. On réalise ensuite un beau bénéfice en vendant leurs charmes ».

Voilà le sort le plus ordinaire des enfants exposés qui ne meurent pas. Il n'y a pas du reste à compter sur la pitié des particuliers : les associations charitables n'existent pas, c'est encore la prostitution ou l'esclavage qui sauvent le plus d'enfants exposés.

Mais si l'Enfant survit, et par extraordinaire n'est pas réduit en esclavage, si, né d'une mère non mariée, il n'est pas exposé, quelle est sa condition juridique ?

Alors que, dans l'organisation patriarcale, l'Enfant adultérin n'a aucune chance de vivre, puisqu'aucune société n'existe en dehors du groupe familial ; il peut désormais espérer un sort meilleur. La famille le repousse, mais la cité l'accueille. Toutefois, cette admission est assez récente.

Tant que la famille et la phratrie furent assez fortes, le bâtard ne put pénétrer dans ces groupes étroitement fermés que par une légitimation.

A défaut de celle-ci, il est relégué dans les classes inférieures dont il partage l'existence misérable. Il ne peut prétendre participer au gouvernement de la cité, il ne peut même invoquer aucun droit (31).

Mais à mesure que la puissance du peuple augmente, que des droits lui sont reconnus, la condition du bâtard s'améliore.

(31) La nécessité d'être inscrit dans une phratrie, au moins dans les temps antiques, avant de faire partie de la cité, ressort d'une loi citée par DINARQUE (*Oratores attici*, II, 462 fr. 82). Or, ne peuvent faire partie d'une phratrie que les enfants légitimes ou légitimés.  
*Cité Antique*, 134.

Et lorsque enfin la cité fut ouverte à tous, lorsque la démocratie se fut substituée à la domination des eupatrides, alors son droit de cité fut consacré (32).

La cité le reçoit dans son sein, et désormais veille sur lui, sur sa personne, sur ses biens.

Puisque ses parents n'ont pas été unis par l'εγγυησις, ils n'ont pas la puissance paternelle sur lui. L'Enfant est en tutelle, et doit, jusqu'à l'âge de sa majorité, être pourvu d'un επιτροπος. Comme il est impossible d'admettre que la mère naturelle puisse, à raison de l'incapacité générale des femmes, exercer la tutelle de son enfant, et que d'autre part, en l'absence d'αγχιστεια, il ne pourrait être ici question de tuteur légitime, il y a lieu de supposer que le soin de nommer un tuteur au fils illégitime appartient à l'archonte éponyme, conformément à l'obligation générale qui lui incombe de veiller sur les veuves et les orphelins (33).

Les droits du bâtard ne se réduisent pas à la seule protection de la cité. Il est venu un temps pour la Grèce, comme pour Rome ou l'Inde, où la parenté par le culte n'a plus été la seule qui fût admise.

« A mesure que la vieille religion s'affaiblit, la voix du

(32) « La République devait se préoccuper de ne pas trop récurer le nombre assez restreint de ses citoyens. Sans doute, Périclès exclut de la cité les enfants nés de mariages mixtes avec une étrangère, mais on ne pouvait aller plus loin sans inconvénient pour la cité, et exiger que le père et la mère fussent non seulement citoyens, mais encore unis par un légitime mariage. Est-il croyable que le défaut d'εγγυησις ces parents, c'est-à-dire l'omission d'une formalité à laquelle les pouvoirs publics demeuraient étrangers, ait pu influer sur la condition d'un enfant du sang athénien. (CAILLEMER, cité par BEAUCHET, op. cit. I, 505.

(33) Cf. BEAUCHET op. cit. I, 505; II, 186.

sang parla plus haut, et la parenté par la naissance fut reconnue en droit » (34).

Cette filiation naturelle, à condition d'être prouvée, produisit effet tant contre le père qu'à l'égard de la mère.

Vis-à-vis de la mère, elle sera facilement établie, car l'accouchement est un fait dont la preuve est facile. La paternité naturelle, au contraire, impossible à établir directement, ne pourra être décidée que par la déclaration de la mère sur l'action en réclamation d'état formée par l'enfant (35).

Sa filiation établie, le bâtard est tenu à l'obsequium envers ses parents, et un empêchement au mariage existe certainement entre lui et ses père ou mère (36).

En ce qui concerne ses droits pécuniaires, une obligation alimentaire réciproque ne paraît pas douteuse. Mais privé de *ἡ ἀρχιστεία* *ἱερῶν καὶ ὑσίων*, c'est-à-dire : privé des mêmes avantages que l'adoption a pour effet de conférer au fils adoptif, et qui se résument dans la participation au culte et au patrimoine de la famille, le *νόθος* est exclu de la succession ab intestat (37), il ne peut en outre être institué héritier par son père, la loi lui permet seulement de recueillir, sur les biens paternels, une somme assez insignifiante, plutôt à titre d'aliments : la *νόθεια* (38).

(34) *Cité Antique*, 61.

(35) Lorsqu'il s'agit de reconnaître des enfants, c'est en effet aux femmes que l'on s'en rapporte pour découvrir la vérité (ARISTOTE, *Rhetor.* II c. 23 § 11)

(36) Cf. BEAUCHET, op. cit. I, 504.

(37) ARISTOPHANE. *Aves* vers 1628-1655.

(38) BEAUCHET fait d'ailleurs remarquer qu'il est possible de dépasser la *νόθεια*, grâce à l'emploi des fideicommiss ou des dons manuels. Cp. ARISTOPHANE *Aves*, v. 1656.

La condition du *νόθος* à l'égard de son père (39) peut être considérablement améliorée par une légitimation dont l'effet principal est précisément de lui donner le droit de succéder comme un enfant légitime. Légitimation qui ne peut avoir lieu qu'avec le consentement de la famille, et ne permet à l'enfant légitimé de recueillir qu'une part, déterminée à l'avance, de la fortune paternelle. (*επιτητοῖς*).

### III

Le droit de l'individu, qui commence à s'affirmer au VI<sup>e</sup> et au V<sup>e</sup> siècle, qui avait donné naissance à l'idée de parenté naturelle, à la notion des droits du bâtard vis-à-vis de ses parents, qui avait triomphé par le triomphe de la démocratie, devait continuer sa marche en avant.

Au IV<sup>e</sup> siècle, il s'insinue partout. La famille devient encombrante. La vieille religion, battue en brèche par le stoïcisme, ne la défend plus. « Pour pouvoir librement se mêler aux agitations quotidiennes de l'Agora, défendre son idéal les armes à la main, au besoin courir les continents et les mers, l'Athénien n'a que faire d'une femme et d'enfants. Le nombre des mariages diminue, celui des unions illégitimes augmente, et la natalité baisse de jour en jour » (40).

Alors Platon, voulant le bonheur de l'individu, croit le trouver dans un monde où l'individu n'est rien par lui-même,

(39) La femme ne peut légitimer, c'est-à-dire adopter, son Enfant car elle ne peut disposer de ses biens.

(40) GLOTZ, *op. cit.* II, 255.

où toutes ses préoccupations doivent être de se dévouer à l'intérêt général. Il propose aux citoyens la mise en commun des femmes et des enfants (41), la suppression de toute propriété privée.

Alors le stoïcisme, en élargissant l'association humaine, émancipe l'individu. Comme il repousse la religion de la cité, il repousse aussi la servitude de citoyen. Il dit à l'homme qu'il doit se renfermer en lui-même, trouver en lui le devoir, la vertu, la récompense. Son principal travail doit avoir pour objet son amélioration individuelle (42).

Les citoyens se désintéressent de la cité, les pauvres ne pensent plus qu'à dépouiller les riches. Les Grecs perdent non seulement la paix et le calme, non pas seulement la vraie liberté, mais le sens moral et la probité, le patriotisme.

« Quand les Romains se présentèrent, ils trouvèrent dans chaque ville un parti pour leur en ouvrir les portes ».

La Grèce fut conquise par Rome.



L'histoire de la famille légitime et de l'Enfant adultérin en Grèce peut donc se résumer en trois grandes périodes.

La famille patriarcale, toute puissante, absorbe à l'origine toute vie politique, économique, religieuse. En dehors d'elle, l'existence est impossible, l'Enfant adultérin n'a qu'un destin : la mort.

(41) *République*, v. 457.

(42) *Cité antique*, 423.

Puis la cité se crée, la famille légitime se désagrège. Elle ne comprend bientôt plus que père, mère et enfants, et les droits du père sur les biens, sur la personne de ses enfants, s'atténuent. Le droit de l'individu sur la propriété apparaît. L'Enfant adultérin exposé, réussit parfois à vivre, il n'a encore aucun droit dans la cité, il n'est qu'un paria, un thète, mais il vit. Par la suite, l'Etat, devenu tout puissant, est gêné par la famille, intermédiaire parfois réfractaire à sa domination, il poursuit son affaiblissement. Les classes inférieures entrent dans la cité et le νόθος devient un citoyen.

Le triomphe de la démocratie au V<sup>e</sup> siècle amène le triomphe du droit de l'individu, l'affirmation du droit de l'Enfant à des aliments, à la νόθησια, à la tutelle de la cité.

Mais l'individualisme se développe, il écarte l'individu de la religion, de la famille, de la cité. Après avoir été favorable à l'Enfant, en lui assurant des droits, il donne naissance au collectivisme de Platon partisan de la mise en commun des femmes et des enfants. Il entraîne la Grèce vers la Révolution et la conquête romaine.

Au II<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, la Grèce est province romaine, le droit grec disparaît. A sa place subsiste pendant quelque temps, avec le bon vouloir du gouverneur de province, un droit local qui subit de plus en plus l'influence de Rome. Les Grecs recherchent avec empressement le droit de cité romaine, droit qui leur confèrera le titre et les droits de citoyen romain et qui leur sera accordé à tous par mesure générale, au III<sup>e</sup> siècle de l'Empire.

---



## CHAPITRE II

### A Rome

---

Nous retrouvons dans le droit Romain, les trois phases du droit grec. Au VIII<sup>e</sup> siècle avant J.-C., l'enfant illégitime n'est rien ; puis peu à peu sa condition s'améliore ; au V<sup>e</sup> siècle, il participe au gouvernement de la cité, l'Etat devenu tout-puissant, laïcisé, lui reconnaît des droits de plus en plus nombreux.

Mais au IV<sup>e</sup> siècle après J.-C., la législation civile est de nouveau sous l'emprise religieuse. L'Enfant adultérin est de nouveau un être dangereux, qui veut essayer de vivre hors des règles tracées. Tous les droits qu'il avait acquis lui seront enlevés, et au VI<sup>e</sup> siècle, il perdra même le droit de réclamer des aliments à ses parents.

#### SECTION PREMIÈRE : ROME PAIENNE

##### I

L'ancienne Rome est une cité, une confédération de gentes ; mais il est probable qu'avant de se grouper, ces gentes vécurent indépendantes, aussi jalouses de leur autonomie que les γένη. Même situation économique, religieuse, politique, mêmes mœurs ; même condition sans doute pour l'Enfant

adultérin, qui est pour la gens l'un des plus grands dangers qui la menacent, du vivant de ses membres et par delà la mort. La présence, au foyer des ancêtres, de l'Enfant adultérin, menace les vivants, car elle est sacrilège et attire sur le groupe la colère des mânes (1) ; mais elle menace également les morts, car la chaîne des descendants est rompue, la famille est éteinte, et les morts voués à errer éternellement (2).

S'il n'est pas tué, l'Enfant est exposé par le chef de la gens, ce qui ne vaut guère mieux. Pour les mêmes raisons que dans le droit grec il sera, en effet, rarement recueilli comme esclave et périra le plus souvent. Exposé par sa mère, non mariée, la mort sera également son destin.

## II

Au VIII<sup>e</sup> siècle avant J.-C., les gentes s'unissent pour fonder Rome. Les cités grecques étaient alors déjà anciennes. Ce siècle est pour la Grèce, celui de la colonisation — le Pont-Euxin, la Grande Grèce, voient débarquer les colons grecs — le γένος commence à se désagréger — les classes inférieures vont bientôt entrer dans la cité — Rome se fonde.

Comme toute cité naissante, elle n'est à l'origine qu'une confédération de gentes dont les membres restent indépendants.

(1) « Les ancêtres deviendront de mauvais génies et poursuivront le groupe de leur haine. »

(2) « Le fils de l'adultère anéantit, dans cette vie et dans l'autre, les offrandes adressées aux mânes ». Lois de Manou.

Mais, de même que le γένος n'avait pu résister à cette transformation politique, de même la gens ne tarda guère à se désagréger. « Le droit d'aînesse disparut, la gens perdit son unité primitive, les diverses branches se séparèrent. Chacun eut désormais sa part de propriété, son domicile, ses intérêts, son foyer propre » (3).

Toutefois, tandis que la famille grecque, ainsi réduite, avait perdu sa toute puissance et son autonomie, la famille romaine, favorisée par les circonstances se dresse, longtemps redoutable pour l'individu, en face d'un Etat qui se désintéresse de lui.

La famille se compose alors du père, de la mère, des enfants, des clients et des esclaves. Le père est dans la maison à la fois le propriétaire, le juge et le prêtre ; ses pouvoirs sont ceux du chef du γένος primitif.

Chargé de veiller à la pureté de la famille, à la préservation du foyer domestique de tout contact étranger, notamment de celui d'un bâtard ou, chose plus grave, d'un enfant adultérin, le père est le souverain juge de l'admission de l'Enfant dans la famille.

Il n'est point tenu de conserver l'enfant qui lui naît. S'il n'en veut pas il le laisse à terre où l'avait déposé, à ses pieds, l'accoucheuse. En le laissant ainsi, il l'expose (4). Si, au contraire, il le relève, il le reconnaît par là, pour son enfant (5).

« L'Enfant laissé à terre, rejeté par le père de famille, est emporté, déposé dans quelque carrefour où il ne tarde

(3) *Cité Antique*, p. 305.

(4) L'exposition, entre autres causes, avait lieu lorsque le père soupçonnait à tort ou à raison, sa femme d'adultère. Cf. Suetone *Claud.* XXVIII.

(5) Cf. RIVIER. *Précis du droit de famille romain*, p. 77.

pas à mourir, à moins qu'un marchand d'esclave ne recueille le pauvre délaissé pour l'élever et le vendre un jour » (6).

\*  
\*\*

Le paterfamilias conserve cette toute puissance à l'intérieur de sa famille jusqu'aux derniers siècles de la République, grâce aux idées religieuses qui imprègnent profondément l'âme romaine, et qui prescrivent une tutelle perpétuelle pour le fils de famille. Grâce aussi aux circonstances économiques. Les Romains sont des agriculteurs. Le père de famille ne connaît d'autres gains décents que les revenus de l'agriculture : « Le travail de la terre, le travail manuel, telle est sa vocation et son lot; et il n'est point d'homme si haut placé que ce travail ne l'ennoblisse » (7). La famille est naturellement concentrée et l'agnation rappelle en quelque sorte l'organisation patriarcale.

En Attique, au contraire, le sol étant pauvre, le commerce s'est vite développé. Il est incompatible avec le maintien de l'ancienne conception de la puissance paternelle. Aussi, dès le V<sup>e</sup> siècle avant J.-C. la puissance paternelle s'effrite, est réglementée suivant des principes semblables à ceux qui, à Rome, ne seront admis que dans le droit impérial.

Si la constitution interne de la famille se maintient si longtemps, le statut de l'Enfant adultérin a patre ou a matre, ne tarde guère à se modifier dans la cité.

(6) DURUY. *Histoire des Romains*, V. 7. — hypothèse probablement assez rare, étant donnée l'organisation économique de cette époque. (Cf. *supra*. p. 13, 23).

(7) MARQUARDT « *Vie privée des Romains* », p. 6.

Jusqu'au V<sup>e</sup> siècle, en présence d'une famille omnipotente, dans une cité où seuls ont des droits, les chefs de famille, et par leur intermédiaire, les diverses personnes qui sont sous leur puissance, les hommes sans famille, ceux qui en ont été exclus, les bâtards, les enfants exposés qui ont réussi à vivre, tous ces plébéiens, ont un sort misérable.

« Ils n'ont pas de foyer, ils n'ont pas d'ancêtres, pas de famille. Le mariage sacré n'existe pas pour eux ; ils n'en connaissent pas les rites. Pas de puissance paternelle ; ils peuvent avoir sur leurs enfants le pouvoir que donne la force ou le sentiment naturel, mais cette autorité sainte dont la religion revêt le père, ils ne l'ont pas. Pour eux, le droit de propriété n'existe pas. Il n'y a pas de lois, de justice ; car la loi est l'arrêt de la religion et la procédure un ensemble de rites. Pour les plébéiens il n'y a pas de droit politique, ils ne sont pas citoyens et nul parmi eux ne peut être magistrat. Ils n'ont pas la religion de la cité. Ils sont repoussés des dieux » (8)

Leur condition matérielle n'est pas moins lamentable, Les débouchés sont peu nombreux ; la production industrielle est rudimentaire ; le commerce végète faute de marchés extérieurs ; la culture des champs seule est rémunératrice, mais les plébéiens n'ont aucune terre à eux, ils ne peuvent que cultiver la terre d'autrui (9).

« La plèbe est une population méprisée et abjecte, hors de la religion, hors de la loi, hors de la société, hors de la famille ».

Ce régime, où la famille est si forte, où l'individu n'est

(8) *Cité Antique*, 279.

(9) Cf. *Tite Live*, I, 47, *Denys*, IV, 13.

rien s'il ne fait pas partie d'une famille, ne pouvait durer qu'à la condition que les exclus ne fussent pas trop nombreux, que les individus en puissance ne ressentent pas le besoin d'une plus grande liberté.

Or ces conditions ne sont plus remplies au V<sup>e</sup> siècle. Dès la fin de la royauté, la plèbe présente une force telle, que les derniers rois songent à l'opposer à l'aristocratie ; « ils veulent opérer une fusion entre ces deux fractions complètement distinctes de la population romaine : le *populus* qui jouit de tous les droits et la plèbe qui n'en a aucun ».

A l'aristocratie de race, Servius Tullius substitue l'aristocratie de richesse. Il donne au peuple une organisation nouvelle en divisant en tribus le territoire romain et en instituant le cens.

Quelques plébéiens entrent alors dans la cité, mais le sort de la masse ne s'améliore pas. « La plèbe aspire à une condition économique plus tolérable, à une plus sûre garantie de la liberté individuelle. Elle réclame des lois » (10).

En 450 avant J.-C. satisfaction lui est enfin donnée. Alors, la plèbe prend conscience de sa force et réclame des droits politiques.

Au début du IV<sup>e</sup> siècle, elle accède aux diverses magistratures.

La démocratie est fondée, l'égalité politique est conquise.

Le bâtard est désormais un citoyen ; les diverses déchéances qui le frappaient en tant que plébéien ont disparu.

Il n'est cependant l'objet d'aucune mesure de protection.

\*  
\*\*

A partir du II<sup>e</sup> siècle, les premières manifestations d'une

(10) GLOTZ. *Histoire romaine*, I, 104.

protection, due par la loi aux mineurs, apparaissent (11). Et de même qu'en Grèce, les premières tendances émancipatrices avaient reçu un grand élan de la colonisation; de même à Rome, elles se développent par l'effet des conquêtes, en même temps que la philosophie grecque ruine la vieille religion d'Etat (12).

Avec la conquête des premières provinces, Sicile, Sardaigne, commence l'usage des prestations provinciales en nature. Le blé afflue à Rome. La petite culture ne fournit plus qu'un rapport insuffisant; la grande exploitation avec fonds de roulement et méthodes nouvelles est essayée. La classe paysanne s'éteint et l'exploitation foncière de l'Italie se transforme du tout au tout.

Tandis que l'acquisition des provinces cause en Italie cette crise agricole, elle imprime en même temps au commerce de l'argent et à la spéculation une extraordinaire impulsion.

(11) Création de l'actio tutelae.

Organisation de la tutelle administrative par une loi Attilia antérieure, semble-t-il, à 185 av. J.C. Cf. GIRARD. *Manuel de Droit romain*, 224.

(12) FELIX SENN in *Maintien et défense de la famille par le Droit*, p.8.

« Nous atteignons le VI<sup>e</sup> siècle de Rome. Rome, ne se contentant plus alors de jouer le rôle de première cité de l'Italie centrale et méridionale, tend à devenir la souveraine du monde civilisé. En un siècle, Carthage est vaincue, la Sicile conquise, la Gaule Cisalpine et la région du Pô sont soumises, l'exploitation de l'Espagne commencée. La Macédoine et la Grèce sont provinces romaines et aussi l'Afrique, Carthage une fois détruite. Dans ces trois quarts de siècle qui précèdent les Gracques, la Société romaine, sans troubles, sans révolution apparente, se décompose par l'effet de ses conquêtes elles-mêmes.

Avec les conquêtes, l'argent afflue à Rome : contributions de guerre, richesses de Carthage. tributs des provinces et produits. L'Afrique fournit le blé, l'Asie mineure les tissus, les marchés de la Grèce les esclaves. A Rome, marché méditerranéen, viennent s'entasser les richesses des provinces. »

Peu à peu, le régime capitaliste investit le commerce et l'industrie ; la grande industrie et le gros négoce sont vus avec faveur (13).

A partir de la deuxième guerre punique Rome a revêtu, de plus en plus, l'aspect d'un grand centre commercial.

En même temps que la richesse se développe, la vieille religion disparaît. L'étude de la philosophie grecque a conduit les esprits cultivés à une critique approfondie du système religieux, et il se trouve que ce système ne peut suffire aux besoins de la pensée plus éclairée.

D'autre part, la politique et la religion, jusqu'alors étroitement liées, se séparent « La religion n'a plus qu'une situation effacée » (14). Lorsque les Pontifes, les augures, les quindecenviri sacris faciundis, furent élus, lorsqu'il n'y eut plus que des collèges de prêtres dont les membres étaient nommés par le peuple, l'intérêt de la religion s'effaça devant l'intérêt politique. Les règles du culte et surtout les idées traditionnelles, qui avaient cours sur le vieux droit romain, devinrent même pour les défenseurs de la foi douteuses ou indifférentes ».

Le culte de la gens, dont on avait su se détacher de bonne heure, est ruiné. Le culte de l'Etat est lui-même abandonné en partie (15).

Les dieux grecs se substituent aux dieux romains ; les cul-

(13) CICERON *de officiis*, I, 42, 151.

(14) MARQUARDT, *op. cit.* 80.

(15) Cf. CICERON, *de div.* I, 15, 25 et *de leg.* 2, 13, 33.

tes d'Asie pénètrent à Rome. Il en résulte une vaste confusion.

\*  
\*\*

La disparition de la petite culture, le développement du commerce, la décadence de la religion : toutes ces causes devaient forcément conduire à la reconnaissance de la valeur de l'individu en tant qu'homme, et par suite ,au changement complet de l'ancienne puissance paternelle, à l'émancipation de la femme ; à la reconnaissance, à côté de l'agnation fondée sur la religion, d'une parenté naturelle basée sur les liens du sang : la cognatio.

A côté de la personnalité du père de famille, s'affirment celle du fils et celle de la femme. « Dès la fin de la République, et surtout sous l'Empire, la puissance paternelle perd son ancien caractère. Les droits du père sont limités par la reconnaissance de ceux du fils, aussi bien quant à la personne, que quant aux biens » (16).

Droit de correction, droit de vendre, d'exposer l'Enfant, sont limités notamment par des constitutions impériales.

Le fils acquiert le droit de posséder personnellement des biens.

Le mariage sans manus se généralise, la puissance maritale est mise en échec, la personnalité du mari n'absorbe plus celle de la femme.

L'agnation, basée sur un principe religieux disparu, paraît alors insuffisante. Expression d'une époque révolue où seul le sexe masculin comptait, et où l'individu n'avait de valeur que comme membre d'une famille, soumis toute sa vie à la

(16) GIRARD, *op. cit.* 152.

puissance d'un chef, elle voit s'élever à ses côtés la cognation, fondée sur les liens du sang (17).

\*  
\*\*

Le droit de l'individu s'affirmant, la protection de l'enfant apparait et se développe.

La reconnaissance du caractère juridique de la parenté naturelle donne au bâtard une filiation.

Jusqu'alors, il était sans famille, rejeté dans les classes inférieures, dans la plèbe. Sans doute, depuis que celle-ci a été admise dans la cité, depuis que le plébéien était devenu l'égal du patricien, il n'était plus un paria ; il pouvait devenir un homme puissant ; mais, avant d'avoir d'aussi hautes ambitions, il fallait vivre ; il fallait que, nouveau-né exposé, il trouve un homme charitable, qui le recueille, et l'élève de ses propres deniers.

Désormais, il va pouvoir rappeler à ses parents son existence, il a des droits vis à vis d'eux, ils ont des devoirs envers lui.

Qu'il soit enfant naturel, ou enfant adultérin (18), qu'il soit adultérin a matre ou a patre, chassé d'une famille où il se présente comme un intrus, exposé (19) et plus tard désavoué, l'Enfant sui juris, peut rechercher ses véritables parents.

La preuve de la maternité lui est facile, car celle-ci se trahit par un fait matériel : l'accouchement. Lorsqu'il aura prouvé l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, sa propre identité avec l'enfant dont elle est accouchée,

(17) Sur l'époque de l'apparition de la cognation, cf. GIRARD, op. cit. 160.

(18) Cf. N.R.H., 1897.

(19) RIVIER, p. 42, note 1. LEFEBVRE : *Le droit des gens mariés*, 173.  
GIRARD, 199.

il aura établi d'une façon irréfutable sa filiation maternelle (20).

La filiation paternelle par contre, ne pourra s'établir qu'à l'aide de présomptions, puisque toute preuve directe est impossible.

Mais qu'il ait ou non établi sa filiation, l'Etat, désormais protecteur des individus, organise sa tutelle. Jusqu'alors, puisque la tutelle était exercée dans le seul intérêt du tuteur, toute tutelle faisait défaut au bâtard, à la personne qui n'avait ni tuteur testamentaire, ni héritier présomptif, comme n'ayant ni parent civil, ni patron.

Désormais un tuteur lui sera nommé par le magistrat (21). Le souci de la protection de l'Enfant apparaît encore dans les règles qui doivent guider le choix de ce magistrat. Celui-ci doit nommer la personne qui lui paraît présenter les plus sérieuses garanties d'intelligence et de moralité. Sous l'Empire, depuis une constitution de 390, il peut choisir la mère ; il peut même ne lui conférer que la garde et l'entretien de l'Enfant placé sous la tutelle d'un tiers.

Lorsque la mère n'occupe pas la tutelle, elle n'en est pas moins tenue de veiller sur son enfant, de surveiller l'administration de la tutelle et de provoquer son attribution, à peine de déchéance de ses droits successoraux.

Outre cette obligation de surveillance qui incombe à la mère, la parenté naturelle fait naître, à la charge des deux parents, une obligation alimentaire au profit de leurs enfants même adultérins (22).

(20) La preuve de la filiation maternelle a du être rendue encore plus aisée par l'introduction d'un système d'enregistrement des naissances attribué à Marc-Aurèle, GIRARD, cf. 184, renvoyant à *Vita Marci* 9.

(21) Le prêteur, puis les consuls et enfin, depuis Marc-Aurèle, le préteur tutélaire, furent chargés de cette fonction.

(22) Cf. pour la mère, D. 25, 3, 5 § 4, et pour le père D. 25, 3, 5 § 6.

Placé sous une tutelle administrative, confié le plus souvent à sa mère, lorsqu'elle présente les garanties voulues, ayant la possibilité de rechercher ses parents pour leur demander des aliments, l'Enfant adultérin est alors pleinement protégé.

En outre, depuis le début du II<sup>e</sup> siècle après J.-C., le progrès de la cognation a déterminé l'établissement d'un droit de succession, la création d'une véritable hérédité civile, entre la mère et l'Enfant.

Déjà le prêteur avait timidement reconnu ce droit de succession à la fin de la République. Au II<sup>e</sup> siècle, deux *senatus-consultes* le consacrent (23). La mère et les enfants deviennent hérités, la mère est devenue civilement parente de ses enfants, *mater civilis*, et l'expression se retrouve dans les *Sentences de Paul*; « il devait s'ensuivre encore que la mère et l'Enfant pouvaient réciproquement prétendre à la *querella inofficiosi testamenti* » (24).

A l'égard du père, l'Enfant illégitime reste toujours un étranger — sans doute il peut lui réclamer des aliments, mais il n'est pas admis à sa succession, et le droit romain n'y admettra jamais l'Enfant adultérin.

Une des conséquences de cette absence de lien entre père et enfant adultérin, est de permettre à celui-ci de donner à son enfant tout ce qu'il juge bon de lui transmettre. « Son droit de disposer n'était gêné spécialement à leur endroit, par aucune incapacité. Il pouvait aussi les instituer héritiers à côté

(23) S.C. Terullien de 117 ou 138. S.C. Orfitien de 178. D. 38 - 8 - 42  
Paul : *Sent.* 4. 10, 1.

(24) LEFEBVRE, *o. c.* 172.

des agnats, ou même des heredes sui, suivant les inspirations, bonnes ou mauvaises, de sa conscience » (25).

Il peut d'ailleurs faire beaucoup plus, faire entrer le bâtard dans sa famille au moyen d'une adrogation, à condition de ne pas avoir d'enfants de son mariage ou d'adoptions antérieures. Il s'attache alors son enfant adultérin comme justus filius et suus heres, à une époque où ne sont connues à Rome, ni la légitimation, ni la reconnaissance d'Enfant illégitime.

\*  
\*\*

Le législateur romain du Haut-Empire a donc eu la grande sagesse de comprendre que, si les adultères et les relations hors mariage se multipliaient, s'il était nécessaire d'enrayer ce mouvement et de redresser les mœurs en multipliant les peines contre l'adultère, il n'en fallait pas moins protéger les Enfants illégitimes, même les Enfants adultérins.

Il a admis que l'on ne devait frapper les Enfants d'aucune déchéance, même lorsqu'ils étaient nés « du plus regrettable commerce, parce qu'ils sont innocents » (26).

\*  
\*\*

Malgré ces justes principes, la condition de l'Enfant adultérin reste en fait assez misérable.

« La dépravation des mœurs, toujours croissante, favorisait dans une large mesure le développement des avortements et des infanticides. Plus tard, la misère universelle, engendrée par la mauvaise administration impériale, la dilapidation des revenus de l'Etat et les premières invasions, ne

(25) L'EFEBVRE, O. C. 251.

(26) PAPINIEN, L. 6 pr. D 50 - 2.

purent que multiplier les expositions, si funestes à la vie ou à l'avenir des pauvres créatures qui en étaient les victimes » (27).

La philosophie antique se montrait impuissante, car elle manquait de cette vertu essentielle, la charité.

La législation était inefficace (28).

Il faut attendre que les Enfants adultérins aient perdu tous les droits qui leur avaient été accordés ; il faut attendre le Christianisme pour voir des âmes charitables se pencher sur les pauvres enfants, les secourir.

(27) LALLEMAND : *Histoire des enfants abandonnés*, p. 66.

(28) PAUL SENT, II 24, 10.

## SECTION II : LE CHRISTIANISME

Au IV<sup>e</sup> siècle, l'Empire est immense, la loi romaine, séparée de l'élément religieux, s'étend sur tout le monde méditerranéen, et depuis 212, tous les habitants de l'Empire peuvent s'en prévaloir.

L'Empire paraît fort, mais l'esprit romain a disparu. « Pendant dix siècles, la civilisation antique avait inlassablement travaillé à créer l'Etat parfait, qui ferait régner sur le monde la beauté, la vérité et la vertu. Guerriers, hommes d'Etat, philosophes et orateurs, poètes, artistes, avaient apporté le meilleur de leurs forces, pendant des siècles et des siècles, à cette œuvre immense. Et ce merveilleux effort de tant de siècles et de génie aboutissait, à la fin du III<sup>e</sup> siècle de notre ère, à la plus épouvantable crise d'anarchie et de désordre qui se fut jamais produite » (29).

La civilisation gréco-romaine agonise avec le polythéisme ; le cosmopolitisme de l'Empire, le mélange de races, de religions, de mœurs, le développement du commerce et de l'industrie, les nouvelles doctrines religieuses et philosophiques l'ont frappé à mort.

Toutes les forces vitales de l'Ouest de l'Empire sont atteintes. L'agriculture, le commerce, l'industrie se débattent contre la crise économique à laquelle vient se joindre une crise politique. Deux forces s'affrontent, le Sénat et l'armée ; et la destruction de l'autorité sénatoriale, après Alexandre Sévère, détruit, par un coup violent, la clé de voûte de tout ordre légal.

(29) FERRERO : *Ruine de la civilisation antique*, 99.

« Exterminées, ruinées ou dispersées l'aristocratie et la classe moyenne, aisée disparaissent » (30).

Détruite dans ses éléments matériels par l'anarchie, la dépopulation, la ruine économique, la civilisation antique se décompose dans sa vie spirituelle, sous l'action du christianisme.

Le romanisme était une doctrine nationale et aristocratique, exclusiviste par conséquent, « une espèce d'armature dans laquelle un peuple, un Etat s'enfermaient pour se séparer du reste du monde » (31) .

Le christianisme, au contraire, est une religion universelle.

Marquée d'abord par de nombreuses persécutions, la lutte entre ces deux courants se termine par le triomphe du christianisme.

Alors, celui-ci, par une conception nouvelle de la vie, retourne de fond en comble les bases intellectuelles et morales de la civilisation antique, et entreprend sur ses ruines, de reconstruire l'humanité.

\* \*

La victoire de Constantin sur Licinius est la victoire décisive du christianisme sur le paganisme.

Ayant vaincu avec les chrétiens, Constantin ne pouvait plus gouverner que d'accord avec eux, et en respectant leurs croyances. Le christianisme est dès lors de fait, sinon de droit, la religion officielle de l'Empire, « et il ne tardera pas à devenir telle, même de droit ».

(30) FERRERO : *id.* p. 77.

(31) FERRERO, *id.* p. 31.

Quatre grands traits principaux le sépare des cultes antiques. Il s'annonce comme une religion universelle, et proclame l'égalité naturelle des hommes ; il substitue dans toutes les relations sociales la charité à la force ; il professe enfin le plus grand respect pour la liberté individuelle et pour tous les droits résultant de la nature humaine (32).

Désormais la religion n'est plus le privilège de quelques-uns. Elle ne peut être le fondement d'inégalités sociales, héréditaires.

L'organisation aristocratique fondée sur la puissance de l'élite est condamnée, car cette puissance reposait sur l'idée que les hommes sont moralement non égaux, mais inégaux.

La personne humaine est placée au-dessus de la patrie, le prochain au-dessus du concitoyen.

La liberté, l'égalité, l'universalité religieuse déterminent une émancipation complète de l'individu.

Il secoue la tutelle de la cité, et s'éloigne des affaires publiques, il s'émancipe de la puissance de la famille.

Désormais, la base de cette dernière n'est plus la puissance, mais le mariage.

La puissance paternelle n'a plus d'autre justification que la protection de l'Enfant.

La famille a pour fondement le bonheur des époux, et l'éducation et le bonheur des enfants. Le père partage son autorité avec la mère. « L'égale affection pour ses enfants lui crée, sur leurs personnes, des droits égaux à ceux du père » (33).

Parents et Enfants ont des devoirs mutuels.

(32) Cf. POUHAER : *Influence du christianisme sur le Droit*, in. Rev. lég. et juris. 1839, p. 59.

(33) *Épître aux Corinth.* XII, 14.

De cette émancipation de l'individu, de cette doctrine de charité et d'égalité, on pourrait conclure à l'organisation d'une protection efficace de l'Enfant.

Sans doute, le bâtard devait perdre les droits de succession qui lui avaient été attribués. L'adoption de l'Enfant illégitime pouvait être interdite, mais la tutelle administrative, la recherche de filiation illégitime, le droit alimentaire auraient dû être conservés, voire même perfectionnés.

Il n'en fut pas ainsi.

Le mariage, institution « sainte comme un sacrement », est la seule union permise entre homme et femme. Tout autre union est immorale, désagréable à Dieu, et tout chrétien doit s'en abstenir, quelle qu'en soit la dénomination.

L'adultère est condamné comme violation du mariage, union extra-conjugale, fléau de la famille : sacrilège, il sera puni de mort.

Et pour marquer encore plus sévèrement le dessein de le réprouver, ainsi que toutes les unions irrégulières, une différence de traitement est faite entre les enfants.

Le législateur, sous l'emprise religieuse, refuse au bâtard les droits qui lui avaient été reconnus.

Constantin interdit au père de donner entre vifs, ou de laisser par legs, quoi que ce soit à ses enfants illégitimes (34).

En 396, pour la première fois, une distinction est faite entre les divers bâtards. Les Enfants adultérins sont traités avec sévérité; ils sont considérés comme responsables du crime de leurs parents.

Toute filiation maternelle leur est désormais refusée : la

(34) Les enfants naturels — mais non les enfants adultérins — retrouvent quelque droit de succession par les lois de 371 et de 405.

constitution d'Honorius et d'Arcadius (35) fait d'eux des étrangers pour leur mère. Ils ne conservent plus de leur ancienne assimilation avec les enfants légitimes qu'un droit alimentaire.

Puis, les Empereurs s'acharnent contre eux. Justin interdit l'adoption d'enfant illégitime et Justinien maintiendra cette défense (36). Celui-ci, enfin, alors qu'il consacre le triomphe de l'équité sur le droit strict, de la cognation sur l'agnation, aggrave encore la condition des enfants adultérins, en les privant du droit de demander des aliments par deux constitutions de 538 et de 539 (37).

L'influence de l'Eglise, hostile à l'enfant adultérin, se retrouve également dans la réglementation de la légitimation.

Constantin l'établit le premier, à titre transitoire, en faveur des concubins qui se marient (39).

Il déclare pour la première fois les enfants illégitimes incapables de succéder. Il accorde en compensation aux parents naturels qui n'ont pu prévoir la déchéance nouvelle, la faveur de la légitimation. Qu'ils se marient, et leurs enfants seront légitimés, exempts des rigueurs qui viennent d'être instituées.

Constantin ne distingue pas entre les divers enfants illégitimes, et comme aucune distinction n'a encore été faite entre les *liberi naturales* et les *spurii*, qu'aucune déchéance spéciale ne frappe les enfants adultérins, il semble bien qu'ils peuvent en principe bénéficier de la légitimation.

Il faut d'ailleurs faire une restriction pour les enfants nés d'une femme punie pour adultère.

(35) L. 6, C. de incestis, 5, 5.

(36) L. 7 C. de nat. lib. 5, 27.

(37) Nov. 89 cap. 15.

(38) Nov. 12 cap. 4, nov. 89 c. 8 et nov. 74 c. 1.

(39) mentionnée par Zenon : Code V. 27. 5.

La loi *Julia de adulteriis*, maintenue par Constantin, et à travers les siècles suivants jusqu'à Justinien interdit, en effet, le mariage entre l'épouse poursuivie et pénalement condamnée pour adultère et son complice. Elle frappe de nullité le mariage célébré au mépris de cette interdiction (40).

Les parents ne pouvant se remarier, les enfants adultérins a matre ne pourront être légitimés. Dans tous les autres cas, il n'y a aucune raison de les exclure de ce bénéfice, d'ailleurs transitoire, les enfants adultérins a patre pouvant, d'ailleurs, toujours être légitimés, puisqu'aucune restriction ne limite le remariage de l'époux adultère et de sa complice.

En 433, apparaît un deuxième mode de légitimation, celui-là établi à titre permanent : la légitimation par oblation à la curie. Théodose II et Valentinien III permettent aux parents d'appeler leurs enfants illégitimes à leur hérédité, en en faisant des curiales, et à deux conditions seulement : qu'il n'y ait pas d'enfant légitime, et que les enfants à légitimer y consentent (41).

« Scrupules religieux, moraux, sociaux ont disparu devant la nécessité de peupler la curie, que les règles d'hérédité des fonctions ne suffisent pas à maintenir au complet. Ce n'est pas une mesure prise dans l'intérêt de l'enfant, c'est une exploitation, dans l'intérêt de l'Etat, de l'affection paternelle » (42).

Ce mode s'applique certainement à tous les enfants illégitimes, pourquoi faire une restriction à l'encontre des enfants adultérins, étant donnés les motifs de la création nouvelle ?

(40) D. 48. 5 ad legem Jul. de adulteriis 41, pr, cf. H. MUEL : *Empêchements au mariage résultant de la complicité d'adultère*. Thèse Paris 1902.

(41) Code V. 27, 3.

(42) GENESTAL : *Histoire de la légitimation des enfants naturels*, p. 115.

Zenon, en 477 (43) reprend, de nouveau, à titre transitoire l'innovation de Constantin.

Et en 517, Anastase organise la légitimation, en institution durable. En l'absence d'enfant légitime, le père pourra, en épousant la mère, et en rédigeant des *pacta dotalicia*, faire de ses enfants illégitimes, des enfants légitimes (44).

Cette législation ne dure que deux ans, Justin l'abroge en 529. « Sa pitié le lui commande ».

Désormais, les enfants adultérins ne pourront plus être légitimés, sauf, peut-être, par oblation à la curie (45). Lorsque Justinien rétablira peu après la légitimation, il reprendra la distinction de Honorius et d'Arcadius et refusera le bénéfice de la légitimité aux enfants adultérins, comme il leur refuse le droit de succession et le droit aux aliments (46).

\*\*

L'enfant adultérin est retombé, par le fait d'une religion qui se proclame universelle, religion des pauvres et des malheureux, qui place la charité parmi les premières vertus, dans la situation où l'avait jeté une religion particulariste, méconnaissant l'individu, pour ne reconnaître que le groupe, ignorant la charité pour s'en tenir à une morale sévère, dure aux humbles.

Toutes deux ont voulu la force de la famille, et pour cela,

(43) Code V. 27. 5.

(44) Code V. 27, 6.

(45) Ce procédé ne produit plus d'ailleurs que des effets limités, et a pour unique résultat de donner à l'enfant légitimé les mêmes droits successoraux qu'à l'enfant légitime.

(46) Nov. 12 c. 4, Nov. 89 c. 8.

ont frappé des innocents. Mais si une telle mesure est compréhensible pour une humanité primitive, elle est peut-être plus difficile à comprendre, venant d'une société, polie par une haute civilisation, inspirée par des hommes qui prêchent la justice.

Le châtiment doit frapper les coupables et non les innocents.

Comme s'il eut compris l'injustice des mesures qu'il inspirait, le christianisme s'efforce de soulager ses pauvres victimes.

« L'Eglise, au IV<sup>e</sup> siècle, fonde partout des hôpitaux, des asiles pour les petites créatures, ignorées précédemment. Selon toutes apparences, ceux-ci surgirent d'abord en Orient, à Jérusalem même. Saint Ephrem, Saint Basile, Saint Jean Chrysostome figurent au premier rang de ces fondateurs » (47).

Le législateur lui-même les prend en pitié (48) : l'exposition des nouveau-nés est prohibée et assimilée au meurtre d'un adulte (49) ; punie de mort, au moins depuis 374 (50).

A la fin du Bas-Empire, l'illogisme est complet, l'Empereur protège l'Enfant, veut éviter la mort des nouveau-nés en prohibant l'exposition et, d'autre part, refuse à la majorité des enfants ainsi sauvés le plus important de tous les droits : le droit aux aliments, le droit de vivre.

---

(47) LALLEMAND, p. 86.

(48) « Il faut compatir aux maux de ceux qui souffrent par la faute d'autrui » L. 7, C. de nat. lib.

(49) PAUL *Sent.* II 24, 10.

(50) DAREMBERG et SAGLIO, v<sup>o</sup> expositio.

### CHAPITRE III

## En France sous les deux premières races

---

Avec l'aide du christianisme, Constantin avait tenté de réorganiser l'Empire : il avait échoué.

Après lui, l'Empire vit encore, mais dans des secousses continuelles, et s'affaiblissant toujours davantage. « La pauvreté augmente, l'Etat se désorganise, en même temps qu'il se fait plus violent, oppressif et rapace. L'impérialisme fiscal sévit; l'armée se décompose; la défense des frontières vacille; les campagnes se dépeuplent au bénéfice des villes; les petites villes tombent en ruines à l'avantage des grandes; les barbares s'infiltrèrent partout; la culture sous toutes ses formes se détériore; les luttes religieuses s'enveniment. L'Orient et l'Occident se séparent.

La force de l'Empire peu à peu se retire vers l'Asie. L'Occident tombe sous les coups des barbares ».

L'invasion des barbares anéantit la civilisation ancienne. « Pendant des siècles, il ne restera plus dans ces immenses régions, redevenues barbares et désertes, que de vagues souvenirs de la paix romaine » (1) La notion de l'Etat s'affaiblit; sauf pendant la restauration carlovingienne, la puissance royale a disparu.

Seule, l'Eglise s'élève au milieu de ces débris. « Elle

(1) FERRERO, p. 213.

s'établit en véritable pouvoir public, indépendant et bientôt supérieur. Les évêques pacifient les désordres, remplacent les juges, arbitrent les dissensions familiales ou conjugales, résistent même aux rois, toujours avec des textes de l'Écriture sainte pour arme principale, et derrière eux, pour appui, le respect de l'opinion de leurs fidèles » (2).

\*  
\*\*

Les Germains, envahissant la Gaule, y trouvent des sujets romains, vivant selon les lois de Rome. Ils ne peuvent songer à imposer à ces peuples civilisés leurs coutumes primitives, ils adoptent la solution qui s'impose : chaque peuple vivra selon sa loi propre. En quelque lieu qu'il se trouve, le Germain sera régi par les lois germaniques, le Gallo-romain par les lois romaines (3).

Du V<sup>e</sup> au X<sup>e</sup> siècle deux droits s'affrontent et rivalisent d'influence, le droit germanique et le droit romain (4).

Le droit romain est celui du V<sup>e</sup> siècle.

Rome, selon sa coutume, en annexant les Gaules à son vaste empire, avait joint, à la domination des armes, celle de ses lois.

(2) LEFEBVRE, p. 478.

(3) BRISSAUD : *Manuel d'Histoire du Droit*, I, 56. La loi applicable à chaque individu est déterminée par la naissance. L'enfant légitime suit la condition de son père ; il prend sa nationalité. Il est probable que les enfants illégitimes suivent la condition de leur mère. En Lombardie, les enfants adultérins suivent la loi qu'ils veulent.

(4) Il n'y a pas à vrai dire de droit germanique, mais un droit wisigoth, franc, lombard, etc... Cependant tous ces droits ont entre eux des liens étroits provenant de la communauté d'origine des peuples qu'ils régissent ; c'est ce qui permet de les comprendre tous sous cette rubrique : Droit germanique.

Dès avant le V<sup>e</sup> siècle, date de l'invasion barbare, le droit plus avancé et plus policé des Romains avait absorbé sans contrainte, par la seule force des choses et du temps, les coutumes et les lois nationales de la Gaule.

Cent ans après César, des Gaulois entraient déjà au Sénat, la paix romaine régnait sur la Gaule ; l'agriculture se développait, le commerce, l'industrie prospéraient, des écoles étaient fondées, et l'on enseignait aux enfants la civilisation romaine.

Le Gaulois avait abandonné sa religion et aspirait au droit de cité romaine.

En 212, Caracalla l'accorde à tout l'Empire.

Désormais, tous les Gallo-romains sont citoyens romains, ils sont régis par les lois romaines.

A la fin du IV<sup>e</sup> siècle, la constitution d'Honorius et d'Arcadius est appliquée dans les Gaules (5).

Aux V<sup>e</sup> et VI<sup>e</sup> siècles, les rois barbares font rédiger à l'usage de leurs sujets gallo-romains des *leges romanæ* (6). Celles-ci ne font aucun emprunt au droit romain postérieur au V<sup>e</sup> siècle. Les sources du droit sont les mêmes qu'avant les invasions (7). La vie juridique du droit romain en Gaule s'est cristallisée jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle.

Le statut de l'enfant adultérin est celui de l'enfant romain du V<sup>e</sup> siècle.

La constitution de 396 est reproduite dans le *Breviaire* (8).

(5) Code Théodosien. III, 12, 3.

(6) *Breviaire d'Alaric : Lex romana burgundiorum.*

(7) Codes Grégorien et Hermogénien. Code Théodosien. *Novelles post-théodosiennes.*

(8) *Bréviaire* III, 12, 2.

Le droit gallo-romain lui est définitivement défavorable.

Il n'a même pas l'espoir d'être légitimé.

La légitimation par oblation à la curie, instaurée dans l'Empire en 433, n'est plus réalisable. La curie, comme toute l'organisation municipale, a été emportée par l'invasion.

Seule la légitimation de Constantin a pu être connue, or, elle a été purement transitoire (9).

Par contre, le droit germanique en vigueur du V<sup>e</sup> au X<sup>e</sup> siècle n'est plus le droit sévère qui faisait l'admiration de Tacite.

Sans doute, contre l'enfant adultérin, la famille germanique, comme toute famille antique, se protège toujours par le droit absolu du père d'admettre ou de repousser l'enfant, par son droit d'exposition.

Mais, qu'il soit adultérin par son père ou par sa mère, l'enfant, exclu de la famille de sa mère, voit ses droits s'accroître à l'encontre de la famille de son père.

La fixation des Germains sur le sol de la Gaule avait profondément modifié leurs mœurs. « Leur existence simple et chétive, dans les clairières de la Germanie, fut transformée par tout le butin et les trésors des Gaules, par l'habitation dans les villes et villae romaines, par le contact nécessaire des Gallo-romains. Ils vont prendre avec tant de goût généreux ou insouciant pour les libéralités et les largesses, l'orgueil, l'ostentation et bien d'autres vices de parvenus (10). » Leur fixation en Gaule fut, pour eux, ce qu'avait été pour les

(9) Le code théodosien, qui la contenait sans doute, a été publié en 439, et la chute de l'Empire est de 476. Quant à la légitimation de Zenon et aux légitimations postérieures, elles ont été ignorées en Gaule. Le Bréviaire d'Alaric ne les reproduit pas et par conséquent la *lex romana burgondiorum* l'ignore également.

(10) LEFEBVRE, 270.

Romains, la conquête de la Grèce et de l'Orient : le point de départ de leur richesse, de la corruption de leurs mœurs.

Les bâtards se font plus nombreux, leur condition s'améliore, l'évolution des mœurs leur est d'autant plus favorable que la propriété individuelle héréditaire, jusque là peu connue, s'ouvre largement aux barbares sur les domaines enlevés au fisc romain.

La liberté de tester est absolue chez les Wisigoths, et les bâtards ne sont certainement pas les derniers à en profiter (11).

La distinction entre les divers enfants devient trop savante. « Maintenant, l'on ne tient aucun compte de la qualité des mères et l'on appelle fils de roi indistinctement tous ceux qui ont le roi pour père » (12). Et les bâtards peuvent établir qu'ils ont le roi pour père, soit par la possession d'état ou l'aveu du père, soit par les épreuves judiciaires (13).

Aucune classification n'est faite parmi eux, tous ils héritent des terres royales comme de biens paternels, ils succèdent même en concours avec des enfants légitimes (14).

En 643, le roi Rotharis donne un Code aux Lombards et les enfants naturels sont appelés en concours avec les enfants légitimes (15).

Bientôt, cependant, une réaction se produit sous l'influen-

(11) Cette faculté finit d'ailleurs par tellement saper la constitution de la famille que les rois furent obligés de ramener leurs sujets vers les anciennes traditions.

(12) GRÉGOIRE DE TOURS : *Histoire des Francs*, V, 25.

(13) GRÉGOIRE DE TOURS : *Histoire des Francs*, VII, 33, VIII, 9.

Cf. GALY, o. c. p. 150.

(14) BRISSAUD, II, 189.

(15) Toutefois, chacun de ces derniers doit avoir le double de ce qui revient à son frère naturel, et le père ne peut pas augmenter la quotité attribuée au bâtard, si la majorité des enfants légitimes n'y consent pas.

ce de l'Eglise, qui lutte en Gaule contre le concubinage et l'adultère, comme elle l'avait fait au IV<sup>e</sup> siècle, à Rome.

Les barbares se sont convertis de bonne heure au Christianisme : les Goths, dans la deuxième moitié du IV<sup>e</sup> siècle, les Burgondes et les Francs au V<sup>e</sup>. Leurs rois subissent l'ascendant des évêques et des clercs qu'ils se sont attachés comme conseillers.

Sous la deuxième race, la morale chrétienne commence à pénétrer dans la législation et enrayer le mouvement favorable aux enfants illégitimes (16).

Charlemagne est obligé de rédiger un testament pour pourvoir au sort de ses bâtards (17).

A la fin du VIII<sup>e</sup> siècle, le père ne peut librement disposer en faveur de ses enfants illégitimes, que s'il n'a pas d'enfants légitimes (18) ; à cette condition d'ailleurs, il peut leur léguer toute sa fortune.

Au IX<sup>e</sup> siècle, les bâtards sont déclarés incapables de succéder à la couronne par la *Divisio imperii* (art. 15-18) (19).



Qu'il soit gallo-romain ou barbare, l'enfant adultérin a des droits pécuniaires (20), mais il n'a pas de protection.

Celle-ci suppose un pouvoir central fort, indépendant.

(16) Sur l'influence de l'Eglise à cette époque. Cf. *supra*.

(17) EGINHARD : *Vita Caroli Magni*, C. XXIII.

(18) Au VIII<sup>e</sup> siècle, Liuprand revenant sur les dispositions de son prédécesseur, défendit au père, qui avait des enfants légitimes, de rien donner à ses bâtards.

(19) PERTZ : *Leges* I, 200.

(20) Le gallo-romain n'a qu'un droit alimentaire, le barbare a un droit successoral qui s'amenuise progressivement.

Or, un tel pouvoir n'existe pas sous les Mérovingiens, ni sous les successeurs de Charlemagne. L'Eglise tente bien d'assister l'Enfance malheureuse, mais au X<sup>e</sup> siècle, aucune organisation sérieuse n'a encore été établie. Cependant, sous le règne de Charlemagne, des efforts sont faits en faveur de l'Enfant.

« Il est juste, disent les anciennes formules, que le pouvoir royal étende sa protection sur les personnes qui sont incapables et privées de défenseurs » (21), c'est-à-dire sur les bâtards, les étrangers, les juifs.

Le roi les prend sous sa protection, ils sont appelés « pupilles du roi » (22), « gens du roi » (23).

Charlemagne adresse à ses missi, toute une série de prescriptions relatives aux tutelles, il leur recommande de surveiller et même de destituer les tuteurs qui manquent à leurs devoirs (24).

En 781, le Capitulaire Mantuanum prescrit aux évêques, aux abbés, aux comtes de rendre pleine justice aux Eglises, aux veuves, aux orphelins, car l'Empereur après Dieu et les Saints est leur défenseur.

En 829, Louis le Débonnaire se proclame encore le défenseur des églises, des serviteurs de Dieu, des veuves, des orphelins, et des autres pauvres; mais le pouvoir royal va désormais décliner jusqu'au moment où la féodalité consacrera son anéantissement.

Dès lors, l'Enfant ne peut plus compter que sur l'Eglise dont l'œuvre est encore bien embryonnaire.

Elle sauve, par ses aumônes, un certain nombre de ces

(21) MARCULFE, I, 24.

(22) MARCULFE, I, 24.

(23) Cap. I ann. 806 c. 15.

(24) Cap. II ann. 802 c. 20, 23.

jeunes victimes, les fait entrer le plus souvent dans ses cloîtres, d'où il sortiront plus tard, pour évangéliser le peuple. Mais l'assistance n'est pas organisée.

Toutefois, à la fin du VIII<sup>e</sup> siècle, est créé à Milan, un asile affecté uniquement à l'enfance abandonnée. « Suivant le texte qui nous a été conservé par Muratori, cet asile était destiné principalement à empêcher les parents de tuer les enfants dont ils ne voulaient pas divulguer la naissance. Ces enfants, exposés dans l'Eglise, étaient confiés à des nourrices. On les formait ensuite à l'apprentissage d'une profession, et une fois élevés, ils restaient libres » (25). Ce système va se développer par la suite.

---

(25) LALLEMAND, p. 99.

## CHAPITRE IV

### En France au XI<sup>e</sup> Siècle

---

« Avec la décadence de l'autorité carolingienne, les calamités recommençaient. Au Sud, les Sarrasins avaient reparu. Et puis, un autre fléau était venu : les Normands qui, après avoir pillé les côtes, s'enhardissaient, remontaient les fleuves, brûlaient les villes et dévastaient les pays.

L'impuissance des Carolingiens à repousser ces envahisseurs, hâta la dissolution générale. Désormais, le peuple cessa de compter sur le roi. Le pouvoir royal devint fictif. L'Etat est en faillite. Personne ne lui obéit plus » (1). On cherche protection où l'on peut.... Auprès des puissances qui se sont élevées à mesure que le pouvoir royal s'abaissait.

Or, la puissance n'est plus conférée par l'argent. Le commerce est mort.

Trop faibles pour songer à une offensive contre les Sarrasins, les chrétiens occidentaux se replient peureusement sur eux-mêmes ; ils abandonnent la Méditerranée ; la navigation disparaît ; le mouvement commercial ne lui survit pas.

« Ce qui apparaît jusqu'à l'évidence, c'est qu'à partir de la fin du VIII<sup>e</sup> siècle, l'Europe occidentale a rétrogradé à l'état d'une région purement agricole : la terre y est l'unique source de la subsistance et la seule condition de la richesse » (2).

(1) BAINVILLE : *Histoire de France*, I, 43.

(2) GLOTZ : *Histoire du Moyen-Age*, 12.

La terre donne la richesse, elle donne la puissance. La condition de l'homme est en rapport avec la terre. Qui a le sol, a en même temps la liberté et la puissance; qui en est privé, est réduit en servage. « C'est la tenure de la terre qui distingue les classes de la population, c'est le rang de la propriété qui classe les détenteurs dans la hiérarchie de la société. Le suzerain féodal, le conquérant d'hier, le seigneur noble de demain, forment une classe à part. Au-dessous d'eux se trouvent le vassal, le censier, le colon, le vilain, le serf » (3).

Le roi n'a plus aucun pouvoir, le propriétaire du domaine, seul, est puissant, car il est seul en mesure de fournir aide et protection à ceux qui les lui demandent. La souveraineté politique se morcelle comme la propriété; il se crée des milliers de petites seigneureries indépendantes. Le grand domaine n'est plus seulement une institution économique, il devient une institution sociale. Il impose son emprise à toute la vie de ses habitants; ceux-ci sont bien plus que de simples tenanciers de leur seigneur, ils sont ses hommes dans toute la force du terme.

Le domaine unité politique, économique est également l'unité judiciaire de cette époque. Le propriétaire est le justicier. Les lois cessent d'être personnelles, elles deviennent territoriales.

L'organisation domaniale apparaît ainsi dans ses éléments essentiels, comme une organisation patriarcale

Au-dessus de cette multitude de souverainetés locales, indépendantes, se dresse l'Eglise.

Au milieu des violences, de l'anarchie, elle représente les principes d'ordre et d'autorité. Elle se pose en médiatrice,

(3) KÖENIGSWARTER : *Organisation de la famille*, p. 195.

entre le seigneur et le vassal, entre le vassal et le serf. Elle cherche à suspendre les guerres privées, à établir la trêve de Dieu ; elle s'efforce de substituer une ombre de justice régulière aux expédients barbares du duel judiciaire. Elle tente de redresser les mœurs, et, comme aux époques précédentes, elle combat sans cesse les fléaux destructeurs de la famille : le rapt, l'inceste, l'adultère, le concubinage.

A la fin du IX<sup>e</sup> siècle, elle a réussi à faire écarter le bâtard de la succession ab intestat, au XI<sup>e</sup>, elle lui interdit tout droit de succession.



La victoire de l'Eglise est alors totale. Elle englobe tous les enfants illégitimes dans la même réprobation et le même sort : la servitude.

Au XI<sup>e</sup> siècle, le domaine ne s'aliène pas ; il se transmet par succession ; or, le bâtard ne peut succéder, ne peut être propriétaire d'un domaine. Il est sans famille, isolé, obligé de chercher protection (4). Dans la période précédente, il se plaçait sous le mundium du roi. Maintenant, il se fait l'homme du seigneur, seul capable de le protéger. Il n'a pas de terre, donc pas d'indépendance, telle est la loi du XI<sup>e</sup> siècle. Le seigneur, maître absolu sur son domaine, ayant un pouvoir analogue au paterfamilias antique, transforme bientôt cette protection en exploitation.

De nouveau, la vie sociale s'est rétrécie, la force est la

(4) « Un bâtard naît d'une mère libre, et immédiatement il se trouve isolé. Or dans la société du Moyen Age il n'y a pas de place pour les isolés. A quel groupe va-t-il appartenir ? ». REGNAULT : *Condition juridique du bâtard au Moyen Age*, p. 115.

condition du droit. Le bâtard est seul, il est sans droit. S'il n'est pas serf sa condition est bien proche de la servitude.

Il est soumis au droit de formariage, c'est-à-dire à l'obligation d'obtenir la permission du seigneur pour se marier avec une personne d'une autre condition, à peine de la confiscation de la moitié ou du tiers de ses biens. Il est également soumis au droit de chevage, qui l'oblige à payer une redevance fixe, annuelle, de douze deniers parisis (5).

A sa mort ses biens sont dévolus comme ceux des serfs, ils reviennent au seigneur.

Le bâtard est enfin incapable de recueillir une succession ab intestat et, sans doute, testamentaire.

La condition du bâtard est ainsi semblable à celle de l'aubain ou du serf. Et il est probable que l'on invoqua souvent cette similitude de condition, pour traiter le bâtard comme serf.

La condition juridique du bâtard est très dure ; la condition matérielle de l'enfant abandonné ne l'est pas moins.

« Faute d'une organisation spéciale, il avait été nécessaire de mettre tout à la charge de ceux qui avaient le pouvoir sur leur terre. C'était à eux d'assurer l'assistance aux Enfants abandonnés » (6). Il y avait là un progrès sur la période précédente, où l'Enfant trouvé était trop souvent vendu pour devenir esclave, mais ce principe devait forcément subir des modifications. Il existait évidemment des seigneurs qui s'intéressaient à ces malheureux et les faisaient élever avec soins. Mais un système d'assistance qui repose exclusivement sur

(5) Cette ancienne condition du bâtard est attestée par Bacquet, de Laurière et d'Aguesseau. Cf. AMIABLE, R. h. dr. X, p. 376.

(6) LALLEMAND, p. 113.

le bon ou le mauvais vouloir d'individus déterminés est mauvais.

L'Eglise, malgré la carence des pouvoirs publics, n'a pas encore mis sur pied l'organisation de l'Assistance publique qui sera un de ses principaux services à l'époque monarchique.

Aussi, le plus souvent, l'Enfant abandonné n'est pas recueilli.

---

## CHAPITRE V

### En France, du XI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> Siècle

---

L'émiettement de la souveraineté, caractéristique se l'époque féodale, ne pouvait durer.

Peu à peu les grands seigneurs féodaux absorbent les petits. Le monde de nouveau s'élargit.

Au XI<sup>e</sup> siècle, le roi cesse de se comporter en petit seigneur féodal, il agit en roi. « En même temps qu'ils agrandissaient leurs domaines par la conquête, les rois en organisaient l'administration. L'agrandissement du domaine augmentant leurs ressources, et les rendant plus forts, ils purent exercer plus énergiquement le pouvoir royal et imposer peu à peu à tous les seigneurs le respect de leur autorité » (1).

Au XVII<sup>e</sup>, ils commandent enfin souverainement à toutes les provinces françaises.

Le droit avait suivi les vicissitudes de la souveraineté.

La féodalité consacre la disparition des lois personnelles. Le seigneur, souverain sur ses terres, ne peut admettre respecter une loi autre que celle qu'il a édictée.

L'édit de Pise de 864 établit la territorialité en matière pénale, le Petrus, au XI<sup>e</sup> siècle, l'établit en matière civile. Chaque seigneurie a sa coutume locale, en principe indépendante de toutes les autres.

(1) MALLET, *Histoire Universelle* I, 273.

En réalité, d'ailleurs, il existe, entre cette multitude de coutumes, un lien de parenté. Les unes se rattachent à l'influence romaine, les autres à l'esprit germanique.

Au Droit écrit, aux coutumes du Nord, se superpose, avec l'avènement de la royauté et la chute de la féodalité, une troisième législation uniforme pour tout le royaume.

Les rois, par leurs ordonnances, essayent d'unifier la législation du royaume, comme ils tentent d'unifier son administration.



La désagrégation du domaine féodal, la constitution de la province, du royaume, entraîne la substitution d'une autorité lointaine à une autorité proche, la rend par conséquent moins opprimante.

La condition de l'Enfant adultérin était la conséquence de sa dépendance à l'égard du seigneur. Il ne pouvait trouver de protection qu'auprès de lui. Celui-ci avait abusé de sa puissance.

Mais peu à peu le pouvoir royal grandit, et prétend imposer les conséquences de sa souveraineté ; affermi, il reprend la tradition carlovingienne et se proclame le défenseur des faibles, des isolés. Il prend le bâtard sous sa protection (2).

D'autre part, du XII<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle, la condition des serfs s'améliore, le servage disparaît presque complètement. Pour des raisons financières ou économiques, les seigneurs affranchissent leurs serfs, plus ou moins totalement.

Dès la fin du XII<sup>e</sup> siècle, il n'y a plus de serfs en Nor-

(2) PIERRE DE FONTAINE, chap. XXII, note 45.

mandie. Au XIII<sup>e</sup> siècle, les affranchissements se multiplient dans tout le royaume. Au début du XIV<sup>e</sup>, un fils de Philippe le Bel, Louis X, invoquant le « droit de nature », qui est que chacun « naisse franc », affranchit, moyennant finances, les serfs du domaine royal et invite tous les seigneurs du royaume à prendre exemple sur lui.

La disparition du servage, la protection du roi et non plus du seigneur, déterminent une amélioration progressive de la condition de l'Enfant adultérin, tant dans les pays de coutumes que dans les pays de droit écrit.



A la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, les Enfants nés hors mariage, les bâtards (3), ne sont plus serfs, ou traités comme tels. Mais leur nouvelle liberté laisse subsister de nombreuses incapacités, conséquences de leur ancienne servitude.

D'après le livre de Jostice et de Plet, le bâtard ne peut être élu maire, ni élevé aux dignités (4).

Dans quelques localités même, les enfants nés hors mariage ne peuvent être admis à la bourgeoisie (5).

(3) Est bâtard tout enfant conçu hors mariage, qu'il soit naturel, adultérin ou incestueux.. Cf. *Nouv. Denizart V<sup>e</sup> Bâtard* et D'AGUESSEAU : *Dissertation sur les bâtards*. Œuvres VII, 361.

Les enfants adultérins sont parfois appelés avoltres, mais leur condition est celle du bâtard.

« Li avoltres sont cil qui sont engenrés en femmes, mariées d'autrui que de lors seigneurs et homes mariés ». BEAUMANOIR, XVIII, n<sup>o</sup> 22. La qualité de la filiation se fixe, en effet, à l'époque de la conception.

POTHIER, *traité du contrat de mariage*, n<sup>o</sup> 417.

FURGOLE, *traité des testaments*, VI.

(4) Sauf possibilité d'être relevé de cette interdiction par le roi. *Livre de Jostice*, p. 30-34.

(5) *Coutumes d'Aubigny*, art. 47 dans *Recueil des Coutumes du baillage d'Amiens*, p. 299.

Dans le Beauvoisis, ils ne peuvent témoigner en justice, ni recourir au duel judiciaire (6).

Les bâtards de gentilshommes enfin, ne peuvent s'attribuer le titre et la qualité de gentilshommes s'ils n'obtiennent du roi des lettres d'annoblissement (7).

Ces diverses incapacités de Droit public, à l'exception de celle qui concernait la noblesse, disparaissent les unes après les autres, à mesure que l'on s'éloigne de l'époque féodale.

Dans le dernier état du droit, si le bâtard ne peut être noble, en revanche il est apte à remplir tous les offices royaux, soit dans la magistrature et l'armée, soit dans les finances et l'administration (8).

En Droit privé, le servage ancien laissait subsister, à la charge du bâtard, l'incapacité de disposer et le droit de bâtardeuse. Dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, ces incapacités s'atténuent.

Le droit de tester est d'abord reconnu au bâtard, pour une valeur limite de cinq sols parisis. Puis les Etablissements de Saint-Louis (1<sup>re</sup> partie, chap. XCVII), marquent une nouvelle étape. Ils permettent au bâtard d'aumôner ses meubles, et autorisent sa femme à prendre son douaire sur les meubles ». En vain les seigneurs, investis du droit de bâtardeuse, voulurent faire prévaloir cette incapacité dans les provinces où la servitude du bâtard était tombé en désuétude, ou

(6) BEAUMANOIR, I, 1176, 1805.

(7) « Bâtard avoué retenait le nom et la noblesse de la maison de son père, avec les armes d'icelle barrées à gauche, mais par l'Ordonnance d'Henri le Grand, il leur faut lettres. » LOYSEL, Livre I, t. 1, règle 44.

cf. ISAMBERT XV, 234.

(8) V. MORILLOT, N.R.H., t. XII, p. 378.

REGNAULT, p. 97 et l'arrêt cité du Parlement en date du 19 juin 1381.

qui n'admettaient point la servitude personnelle. Leur prétention fut condamnée par la jurisprudence (9).

Jean Desmares signale un nouveau progrès, et sa décision 24<sup>e</sup> attribue au bâtard la libre disposition des biens qu'il peut avoir. « Bastard, si fet testament, ce est tant seulement de meublies et conquest car, puisqu'il ne succède il n'a point d'héritage » (10).

Cette règle est reproduite par Loysel « Bâtards peuvent acquérir et disposer de leurs biens tant entre vifs que par testament (11).

La faculté pour le bâtard de disposer de ses biens, est donc devenue un principe dans notre Ancien Droit. Elle est consacrée formellement par de nombreuses coutumes, dont d'Aguesseau nous donne l'énumération (12).

Le droit de bâtardise disparaît également dès le XIV<sup>e</sup> siècle, tout au moins dans sa signification première.

A l'origine, il avait été un droit de mainmorte exercé sur les biens d'une personne qui ne pouvait avoir ni héritier ab intestat, ni successeur testamentaire. C'était un droit seigneur-

(9) AMIABLE op. cit., p. 377.

(10) *Décisions de Jean DESMARES*. En suite du commentaire de Brodeau sur la coutume de Paris.

(11) LOYSEL, *Institutes coutumières*, I. 1, règle 42.

(12) D'AGUESSAU, op. cit., p. 420-421.

« Toutefois, quelques coutumes faisaient exception. Ainsi la coutume de Bretagne — art. 480 — privait du droit de tester, les bâtards qui n'étaient pas nés ex soluto et soluta. D'autres, telles que celles d'Anjou (art. 345), Maine (355), Poitou (399), limitaient la quotité des biens dont ils pouvaient disposer. Il en était une enfin qui contredisait le droit commun : la coutume de Clermont (art. 153) refusait en effet, absolument au bâtard la faculté de tester ». AMIABLE, op. cit.

p. 378.

rial. Le seigneur recueillait tous les biens que laissait le bâtard décédé sur le territoire de la seigneurie.

Mais, à mesure que les bâtards sont mis hors de servitude dans toutes les provinces du royaume, ils font pour la plupart aveu au roi, pour se mettre à couvert des violences et des usurpations des seigneurs. Ils deviennent par ce moyen « hommes du roi ».

Un conflit s'élève alors entre le roi et les seigneurs, pour l'attribution du droit de bâtardise; et les légistes le déniaient aux seigneurs.

Lors de la rédaction des coutumes, la plus grande diversité règne dans cette attribution. Les unes l'attribuent expressément au roi, d'autres aux seigneurs, d'autres ne s'expliquent pas sur ce point.

En même temps qu'il passait au roi, le droit de bâtardise changeait de caractère, il n'est bientôt plus qu'un simple droit de deshérence (13).

Au XIV<sup>e</sup> siècle, les bâtards ont acquis le droit d'avoir des successeurs testamentaires (cf. supra.). Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, il est permis d'affirmer que probablement le bâtard a eu ses enfants pour héritiers (14), du moins en 1385, une ordonnance de Charles VI leur donne des héritiers ab intestat en attribuant leurs successions à leurs enfants légitimes (15). Jean Desmares appelle les enfants du bâtard à recueillir sa succession.

(13) C'est le « droit de recueillir les biens qu'un bâtard laisse à sa mort, lorsqu'il n'en a point disposé, et qu'il n'a point d'héritiers capables de les recueillir ».

*Nouv. Denizart*, V<sup>e</sup> Bastardise, § I, n<sup>o</sup> 1.

(14) REGNAULT, o. c., p. 61.

(15) Cette règle reproduite dans de nombreuses coutumes ne fut contredite que par l'ancienne coutume de Saint-Pol (art. 27, titre II) qui excluait expressément les enfants du bâtard de sa succession.

Mais le bâtard ne peut avoir d'autres héritiers.

Masuer, au XV<sup>e</sup> siècle, admet ce principe et refuse au bâtard tout héritier en dehors de ses enfants et des descendants d'eux nés en légitime mariage ».

C'est l'idée qui domine les travaux de Bacquet, Choppin « Et l'on peut dire qu'à partir du XVI<sup>e</sup> la question ne se plaide plus (16) ».

Enfin, les autres conséquences de l'état de servitude du bâtard ont complètement disparu dans le dernier état du droit. Au XVI<sup>e</sup> siècle, il n'est plus question du droit de chevage et de formariage (17); l'incapacité des bâtards de posséder des biens fonciers n'existe plus (18).

.\*

Le bâtard est désormais un homme libre; il jouit de tous les droits politiques.

Comme dans les périodes précédentes, l'organisation politique ayant dépassé le stade familial ou domanial, l'Etat songe à l'enfant illégitime. Devenu indépendant des organismes inférieurs, il considère le bâtard comme un de ses membres, il lui confère l'égalité politique avec les autres citoyens. Il organise sa protection.

Comme tout enfant, le bâtard a besoin de protection, mais alors que l'enfant légitime la trouve au sein de sa famille,

(16) REGNAULT, *o. c.*, p. 74.

(17) Quelques coutumes, comme celle de Laon (art. 7) et de Reims (art. 338) mentionnent même formellement, l'abolition du droit de formariage.

(18) Les coutumes de Sens (art. 28), d'Auxerre (art. 31), de Châlons (art. 11), reconnaissent l'aptitude des bâtards à posséder des immeubles, alors qu'en 1329 le roi accorde à un bâtard, comme une grâce, la faculté d'acquérir des terres dans le royaume de France. Cf. LOYSEL I, 1, règle 42. et la note sur cette règle.

lui est abandonné : il n'a pas de famille, pas de protection. L'Etat doit suppléer à ce manque de famille, il doit protéger la personne physique et morale de l'enfant, il doit assister l'enfant abandonné.

Dès le XIII<sup>e</sup> et le XIV<sup>e</sup> siècles, l'obligation alimentaire des parents envers leurs bâtards, même adultérins, est affirmée (19).

Au XVII<sup>e</sup> siècle, le Droit civil adopte d'une manière générale la règle de Droit canon, en vertu de laquelle les parents sont obligés de nourrir leurs enfants, même adultérins ou incestueux, de pourvoir à leur subsistance jusqu'à ce qu'ils soient capables de gagner leur vie (20).

Pour mettre l'enfant en mesure d'exercer ce droit, il lui permet de rechercher ses parents.

La preuve de la maternité, se réduisant à la preuve de l'accouchement, de l'identité de l'enfant, s'établit par l'acte de baptême, une reconnaissance de fait, la possession d'état, à la suite d'une recherche de maternité en justice.

La paternité se prouve par une reconnaissance de fait, ou, à la suite d'une recherche judiciaire par témoins ou par lettre (21).

(19) REGNAULT : *de la condition juridique du bâtard au Moyen Age*, p. 57 et n<sup>o</sup> 1, p. 58.

(20) Cf. *Decret.* — Cap. V de eo qui duxit.

En droit canon, les parents de l'enfant adultérin doivent lui fournir, non seulement le vivre et le couvert, mais encore tout ce qui assure une dignité d'existence en rapport avec la situation qu'ils occupent. (Naz. : *Dictionnaire de droit canon* V<sup>o</sup> obligation alimentaire) et pour faire valoir ce droit, permet à l'enfant de rechercher sa filiation adultérine.

En droit civil, cf. *Bacquet* V, 1 et 2 VIII, 178 remarques et d'*Aguesseau*, VII, 435.

(21) Lorsqu'une fille, ou veuve, est grosse des faits d'un homme, sur la plainte qu'elle forme contre lui, et sur l'intervention du Ministère public, cet homme, s'il en convient, ou s'il est convaincu, doit être

Mais qu'elle ait été établie volontairement ou non, la filiation naturelle, et a fortiori la filiation adultérine ne donne droit qu'à des aliments. Elle ne peut modifier l'état légal de la famille et conférer un droit de succession.

Le père, la mère, — celle-ci à titre subsidiaire — ne sont tenus qu'à subvenir à l'entretien de l'enfant. L'étendue de leur obligation est fixée par les tribunaux, qui la déterminent suivant les circonstances, en se basant sur la fortune du débiteur (22). Une jurisprudence constante admettait d'ailleurs que le père était affranchi de ce devoir, dès qu'il avait appris un métier à l'enfant et qu'il l'avait mis en état de gagner sa vie. « Ce n'était que dans le cas où son éducation avait été négligée, qu'il n'avait point appris de métier, que le bâtard pouvait repeter des aliments pendant toute sa vie, soit à son père, soit à ses héritiers » (23).

condamné à se charger de l'enfant, à le faire élever dans la religion catholique et à lui fournir les aliments nécessaires, à en rapporter certificat tous les trois mois au procureur du roi et à lui faire apprendre un métier, lorsqu'il sera en état d'en apprendre un, pour le mettre en état de gagner sa vie. Lorsque l'homme dénie avoir eu commerce avec la fille, la preuve que la fille fera par témoins, que cet homme a eu quelques familiarités ou privautés avec elle, suffit pour le faire présumer et le faire condamner en conséquence, à se charger de l'enfant. Lorsque le père n'est pas connu, ou lorsqu'il n'a pas le moyen, c'est la mère qui doit être chargée de l'enfant ».

Remarquons d'ailleurs qu'à titre provisoire, et sur sa simple affirmation, la fille avait pu obtenir des aliments pour elle et son enfant, pendant toute la période avoisinant l'accouchement.

Cf. BARET. — *Histoire des preuves de la filiation naturelle*, p. 18.

- (22) FURGOLE : « *Traité des testaments* », I, chap. VII, sect. II, n° 118 à 121.

Toutefois, il y avait hésitation sur le point de savoir si elle s'étendait aux héritiers des parents (*Bacquet*), et si elle ne devait comprendre que le strict nécessaire, ou s'il n'était pas de l'intérêt de l'Etat que les enfants soient élevés selon la condition et les biens du père (Arrêt de Paris, 18 Juin 1707).

- (23) .... comme il a été jugé par arrêts du Parlement de Paris, des 19 Juillet 1752 et 9 Juillet 1763. » — LOISEAU, o. c., p. 69.

Il ne suffit pas d'accorder un droit alimentaire à l'Enfant, il faut encore veiller sur lui, diriger sa vie morale. Dans ce but, l'Etat donne aux parents la puissance paternelle sur leurs enfants légitimes ; or les parents n'ont pas la puissance paternelle sur leurs enfants naturels puisque celle-ci ne peut naître que du mariage (24).

L'enfant sera donc sous la tutelle de l'Etat qui, d'ailleurs, par l'intermédiaire de ses tribunaux, confiera le plus souvent possible la garde et l'éducation de l'enfant à ses parents, en général à la mère. « Toutefois il était admis en jurisprudence, que la seule règle générale en cette matière était de considérer l'intérêt de l'enfant, et de confier son éducation à celui du père ou de la mère en qui la justice avait le plus de confiance ; ou d'ordonner son placement dans une maison d'éducation (25).

Une protection théorique est ainsi assurée à l'enfant.

En fait, il est gardé par la mère qui exerce sur lui une puissance de fait. Le droit alimentaire, qu'elle exerce au nom de son enfant, lui permet de l'élever.

Mais aucune recherche de paternité n'est admise au profit de l'enfant désavoué, dont la maternité est certaine, mais la paternité inconnue.

D'autre part, il n'est organisé aucune surveillance efficace de la manière dont la mère naturelle s'acquitte de sa mission d'éducatrice.

La protection de l'enfance, beaucoup plus théorique que réelle pour l'enfant gardé par un de ses parents, est totalement inexistante en cas d'abandon.

(24) DENIZART, V<sup>o</sup> bâtard, n<sup>o</sup> 34.

Un arrêt du Parlement de Paris, du 1<sup>er</sup> Février 1662, en avait déduit que le bâtard pouvait se marier sans le consentement de ses parents.

(25) AMIABLE : N. R. H. t. X, p. 386, renvoyant pour la jurisprudence à DENIZART : v<sup>o</sup>. bâtard 37 et 38.

Les efforts des pouvoirs publics restèrent toujours fragmentaires en cette matière. Ils encouragent les œuvres, plutôt qu'ils ne créent un véritable service d'assistance.

Les municipalités ont, en principe, la charge des enfants abandonnés sur leur territoire. Contraintes d'accepter définitivement les abandonnés, lorsqu'elles n'ont pu rien découvrir sur leur origine, elles doivent les faire baptiser, les confier à des nourrices ou gardes habitant généralement la campagne, leur faire apprendre un métier. Elles doivent enfin pourvoir aux frais de maladies et d'ensevelissement.

En fait, les municipalités sont peu désireuses de surcharger leurs finances, déjà désastreuses. L'assistance des enfants abandonnés est délaissée.

Ce fut la grande mission de l'Eglise dans l'Ancien droit de venir au secours de ces infortunés.

Au XI<sup>e</sup> siècle, l'ordre du Saint-Esprit est créé pour le soulagement des pauvres, l'assistance des enfants abandonnés. Il entreprend de seconder les municipalités. Parti de Montpellier, le mouvement s'étend rapidement, et on voit se fonder successivement des hôpitaux à Marseille (1188), Besançon (1203), Dijon (1204), Gray (1230), etc... Les seigneurs, les municipalités appellent les hospitaliers ou favorisent leur établissement. Ils doivent d'ailleurs contribuer à l'entretien des enfants recueillis (26). Ceux-ci sont baptisés, puis mis entre les mains d'une nourrice. Lorsqu'ils ont 6 ou 7 ans, ils sont renvoyés au département des enfermés, sous la garde de l'ecclésiastique qui en a le soin (27).

A la fin du XVI<sup>e</sup> siècle, la situation est cependant déplo-

(26) JUGEAUD : *Histoire de l'Hôtel-Dieu et des établissements charitables d'Issoudun*.

(27) LALLEMAND O. C., p. 128.

nable. Le nombre des enfants est grand, les ressources plus que minimales. « Aussi ces pauvres petits meurent-ils presque tous. Les servantes les soignent du reste fort mal, les vendent même moyennant vingt sols à des mendiants, des bateleurs, des gens qui les font servir à des opérations magiques ».

C'est alors que Saint Vincent de Paul fonde, avec l'aide du Roi et des dames de Charité, la Maison de Couches, en 1642.

Un siècle et demi plus tard, le sort des enfants abandonnés est encore assez malheureux pour attirer les doléances du Tiers-Etat. « Que l'on s'occupe de l'éducation et de l'emploi des enfants trouvés, qu'il soit fait un règlement qui assure leur conservation, que l'on multiplie les hôpitaux destinés à les recevoir, telles sont les formules fréquemment employées dans les cahiers de doléances » (28).



En même temps que se développe, et tente de s'organiser la protection de l'enfance, celle de la famille se précise de plus en plus.

Dans l'anéantissement de l'époque féodale, le bâtard avait perdu tous ses droits pour des raisons économiques, la notion de protection de la famille avait disparu.

Mais dès que sa condition s'améliora, dès qu'il fut libre et citoyen, l'opposition de ses droits et de ceux de la famille légitime réapparait.

L'Eglise optait pour le sacrifice du bâtard, la Monarchie ayant besoin de la famille légitime pour maintenir sa force, devait donc la favoriser (29).

(28) LALLEMAND p. 250, texte et en noté la liste de ces cahiers.

(29) « La continuité est le principe de la Monarchie, rien ne peut être fondé sur l'homme isolé, dont l'existence est trop courte. L'individu,

Le bâtard, au XVII<sup>e</sup> siècle, fut déclaré étranger à sa famille et ne put rien recevoir de ses parents.

A la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, aucune disposition restrictive n'est encore édictée, s'il n'est pas rattaché à la famille de ses parents, il peut du moins, comme étranger, recueillir d'eux les biens dont ils le gratifient à titre de donation ou de legs (30).

Bien plus, dans le royaume chrétien de Jérusalem, les bâtards sont appelés à la succession de leur mère, qu'ils soient légitimes ou non, naturels simples ou adultérins (31). Quant à leur père, il peut disposer en leur faveur de toute sa fortune, s'il n'a ni enant légitime, ni père, ni mère; sinon, il doit obtenir leur assentiment.

Au temps de Beaumanoir, le père et la mère qui n'ont pas d'enfant légitime peuvent également disposer en faveur de leurs bâtards, comme s'ils eussent été des étrangers, de leurs meubles et conquêts et du quint des propres. Ce n'est qu'en présence d'enfants légitimes que les bâtards ne peuvent recevoir de leurs père et mère qu'à titre d'aliments (32).

Au XVI<sup>e</sup> siècle, les coutumes sont déjà moins favorables. Elles refusent, pour la plupart, toute vocation successorale au bâtard, et ne permettent que des libéralités portant sur les meubles et acquêts, fixant parfois une quotité qui ne peut être dépassée sous peine de réduction (33).

dans la monarchie, c'est la famille, l'homme collectif, l'homme qui se succède et se perpétue.. C'est donc un devoir pour la monarchie de travailler à constituer la famille. » VALLIER, *fondement du droit successoral*, 356).

(30) *Décisions de Jean Desmares* n° 239. *Grand Coutumier de France* L. I, p. 27. Le bâtard est capable de recevoir des dons et legs « encore qu'ils aient été faicts par le père ou par la mère ».

(31) *Assises de Jerusalem*, *Cour des bourgeois*, chap. LX, p. 285.

(32) BEAUMANOIR, chap. XVIII, n. 20.

(33) D'AGUESSEAU, VII, p. 431.

Certaines coutumes n'appliquent d'ailleurs cette dernière exigence qu'aux libéralités faites par le père, ou à celles faites par la mère, aux libéralités entre vifs ou aux libéralités testamentaires.

Une règle plus rigoureuse semble même admise par Loy-sel : « Maître Martin Doublé, dit-il, tenait que bâtards ne pou-vaient recevoir legs de père ni de mère, ce qui se doit entendre de legs excédant la nourriture (34).

Toutefois, jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle, la jurisprudence des Parlements consacre en leur faveur la pleine capacité de rece-voir.

A cette époque, le dernier pas est franchi. Le pouvoir royal, définitivement organisé, veut un pays fort, une fa-mille protégée, en même temps qu'il protège l'enfance aban-donnée. Un revirement s'opère en jurisprudence, les libérali-tés faites aux enfants adultérins sont fréquemment annulées, « propter honestatem publicam, pudorem matrimonii et ut paterna vitia reprimantur » (35).

Ils ne peuvent plus recevoir de leur père et mère qu'à titre alimentaire.

Le souci du roi et de l'Eglise de protéger la famille légi-time se remarque encore dans la légitimation de l'enfant adul-térin.

Alors que la légitimation de l'enfant naturel lui confère tous les droits de l'enfant légitime, la légitimation d'un enfant adultérin, lorsqu'elle est permise, ne produit que des effets très restreints.

(34) LOYSEL tome X, liv. I, règle 43, cf. Amiable o.c., p. 385.

(35) FURGOLE, o.c., I., chap. VI, Sect. II, n° 11.

Au XII<sup>e</sup> siècle, la légitimation inconnue jusqu'alors en France (36), renaît d'elle-même, avec toute la législation de Justinien, sous l'effort des romanistes.

L'Eglise ne croit pas devoir y résister (37).

Cinq modes permettent alors la légitimation du bâtard, mais tous ne sont pas accessibles aux enfants adultérins.

Le premier, d'ailleurs, la légitimation par oblation à la curie, est tombé en désuétude avec l'institution de la curie. Il n'est rappelé, au XII<sup>e</sup> siècle, qu'à titre documentaire; il n'a plus aucun intérêt pratique.

Deux autres modes sont empruntés au droit romain, et sont traités par les canonistes comme matières de droit civil, leurs conditions sont réglées par les textes romains, ce sont : les légitimations par rescrit du prince et par testament; cette dernière n'étant qu'un succédané de la précédente, et soumise aux mêmes règles.

Les deux derniers modes, la légitimation par mariage subséquent et la légitimation par rescrit du pape, sont par contre matières ecclésiastiques et leurs conditions et leurs effets sont déterminés par les canonistes; la réglementation de leurs effets au temporel étant néanmoins revendiquée par le pouvoir royal.

La légitimation par rescrit du prince est ouverte à tous les bâtards, même aux enfants adultérins, mais son efficacité diminue progressivement.

(36) Jusqu'à cette époque, on ne voit en effet, aucun exemple de légitimation, bien que la théorie de l'institution de Justinien ait été introduite en Italie et peut-être en Gaule au VI<sup>e</sup> siècle, par le recueil de Novelles, de Julien.

(37) L'Eglise eut, en effet, à prendre parti, puisque toutes les questions de mariage et de légitimation relevaient de sa compétence.

Admise au XIII<sup>e</sup> siècle, par le pape dans la décrétale « per venerabilem » (38), elle voit dès l'abord ses effets discutés par les canonistes. Pour certains, notamment Hostiensis (39), elle ne peut que relever le bâtard de l'incapacité de succéder ; pour tous d'ailleurs, ses effets se réduisent au domaine temporel.

Or, dans ce domaine, sa faveur décline peu à peu elle exige des lettres du roi, et celles-ci se bornent en général à effacer la tache de la naissance du bâtard, à l'habilitier à recevoir de ses père et mère des legs universels. « Mais quant à la capacité de succéder à ses parents morts intestats, elle ne la lui confère que lorsque ceux, auxquels il eut pu succéder s'il eut été légitime, avaient consenti à sa légitimation. Encore fallait-il que les lettres patentes du roi contiennent une clause expresse à cet effet, qu'elles soient entérinées à la Chambre des Comptes et au Parlement » (40). Et à l'époque de Pothier, les lettres de légitimation avec clause de succéder ne sont plus en usage (41).

Les modes de droit civil ne produisent donc, au temporel, qu'un effet restreint, il en est de même des modes canoniques dont les effets d'ailleurs disparaissent au XVII<sup>e</sup> siècle.

Parmi ces modes, le dernier seul permet la légitimation d'un enfant adultérin (42). Le mariage subséquent de ses père et mère ne modifie pas sa condition, ainsi en décident les canonistes.

(38) *Decretales de Grégoire IX*, IV, 17-13, cf. sur la decretale et sur son hisoire, d'ailleurs sur tout ce chapitre : GENESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canon*, 1905, p. 94, etc..

(39) HOSTIENSIS : *Summa aurea*; qui fillii. n° 11.

(40) MORILLOT : *oc.* p. 390.

(41) POTHIER : *Œuvre t.* VIII, p. 24.

(42) HOSTIENSIS même le nie : l. c. § qualiter,

La compétence de l'Eglise pour régler la condition et les effets de la légitimation par mariage subséquent est évidente. Ce sont les lois de l'Eglise qui réglementent le mariage dans son existence et ses effets, qui doivent seules pouvoir décider si une union remplit les conditions voulues pour que les enfants soient légitimés.

Or, le droit canon reprend au droit romain l'exigence de la possibilité du mariage au moment de la conception ; l'adultère suppose le mariage de l'un des époux, l'enfant adultérin a été conçu par deux personnes, dont l'une au moins était mariée ; le mariage de ses parents n'étant donc pas possible au moment de sa conception, l'enfant adultérin ne peut être légitimé.

Le mariage est d'ailleurs interdit à l'épouse qui a été condamnée pour adultère qualifié (43).

Le seul mode de légitimation d'un enfant adultérin en droit canonique est donc le rescrit du pape.

Mais ses effets au temporel sont très discutés. Au XIV<sup>e</sup> siècle, au moment où la théorie en est construite par les canonistes, l'Eglise n'est plus à l'époque où elle pouvait accroître ses droits de juridiction et de législation sur les laïques. Il est trop tard pour une tentative de ce genre (44), il est soutenu que le pape ne peut légitimer au temporel. Au XVII<sup>e</sup> siècle, prenant argument sur la decretale « per venerabilem », on fait remarquer que le pape lui-même a reconnu la souveraineté du roi au temporel.

D'ailleurs, à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, les légats, auxquels le pape concédait le pouvoir de légitimer les bâtards, se heur-

(43) ESMEIN; *le mariage en droit canon*, 2<sup>e</sup> édit. I, p. 428, 432.

(44) GENESTAL, *o. c.*, p. 225.

tent à une jurisprudence hostile des Parlements qui mettent fin à ce procédé.

Au XVII<sup>e</sup> siècle, l'enfant adultérin ne peut donc plus être légitimé que par lettres royaux et ceux-ci n'ont plus pour effet que d'effacer la tache de la naissance du bâtard, que de l'habilitier à recevoir de ses père et mère des legs universels.

C'est à cette même époque que la jurisprudence annule les libéralités faites aux enfants adultérins.



La condition du bâtard en droit écrit est identique, car elle est déterminée plutôt par des considérations religieuses et d'ordre public que par l'influence du droit romain.

Les incapacités dérivant du servage ont disparu, comme en droit coutumier. Les influences religieuses et politiques étant les mêmes dans le Midi et dans le Nord, leurs effets sont identiques.

A la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, c'est une règle admise dans toutes les provinces de droit écrit, que les bâtards ne peuvent succéder.



Dans le dernier état de l'Ancien droit, protection de l'enfant adultérin et protection de la famille légitime s'équilibrent.

L'enfant a acquis tous les droits, dont l'exercice ne peut nuire à la famille légitime. Il a pleine capacité politique ; il jouit de tous les droits civils dans ses rapports avec les tiers ; sa protection est assurée par le droit alimentaire qui lui est reconnu et par la faculté de rechercher ses parents ; l'Etat se

préoccupe d'organiser l'assistance de l'Enfance abandonnée.

La famille légitime est très sérieusement protégée par le refus de tout droit de succession ab intestat ou testamentaire, par l'effet restreint de la légitimation de l'enfant adultérin.

Si la mise en application est encore bien défectueuse, l'œuvre est équitable et logique.

Cette harmonie sera bientôt détruite par le Droit Révolutionnaire.

---

LIVRE II

STATUT  
DE L'ENFANT ADULTÉRIN  
DANS LE DROIT ACTUEL

---



## CHAPITRE PREMIER

### Premiers Symptômes

---

#### *Section Première. — LA RÉVOLUTION DANS LES MŒURS*

Les lois révolutionnaires ont modifié en l'an II la condition juridique de l'enfant adultérin, mais dès le XVIII<sup>e</sup> siècle, cette transformation était préparée par un changement profond du milieu social de l'Ancienne France.

Sous Louis XV, une réaction puissante s'amorce et se développe contre l'autoritarisme du grand Roi, réaction d'ordre politique et d'ordre religieux.

Comme aux temps des démocraties antiques, les penseurs aspirent à la liberté, au bonheur individuel. Pour atteindre ce bonheur ils proposent aux hommes la voie de l'individualisme. L'individu doit être aussi libre, l'Etat aussi peu gênant que possible. Il faut libérer l'individu de son étreinte, il faut combattre le despotisme. « C'est là une des idées maîtresses des philosophes, sur laquelle ils insistent longuement, Montesquieu au nom de la raison et de l'expérience historique, Rousseau en invoquant la liberté et l'égalité naturelle de l'homme, Voltaire au nom de l'humanité » (1).

La liberté de l'individu n'est pas moins prônée sur le

(1) MICHON, *La famille et le mariage au temps de la Révolution — in Maintien et défense de la famille par le droit*, p. 52 .

plan religieux. Les dogmes catholiques sont vivement discutés et rejetés. Tous les philosophes, dirigeants de l'opinion publique naissante, sont des esprits très libres, indifférents aux dogmes religieux, quand ils ne leur sont pas hostiles.

« Comme l'Angleterre du XVII<sup>e</sup>, la France du XVIII<sup>e</sup> souffre du despotisme religieux et monarchique. Tout est basé sur un ordre divin et nécessaire, toute puissance vient de Dieu, celle des rois sur leurs sujets comme celle du père sur ses enfants. Résister aux princes, c'est se révolter contre Dieu même, c'est un crime, c'est un sacrilège. »

Les philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle veulent la liberté de l'individu ; mais pour affranchir l'homme à l'égard du prince, il faut désormais l'affranchir de l'emprise de Dieu.

L'Eglise proclame qu'hors d'elle il n'y a pas de salut. Mais si l'on nie ce dogme, si tous les hommes peuvent faire leur salut, même en dehors de l'Eglise, c'est donc qu'il existe une religion naturelle, supérieure, commune à tous les hommes. Dieu, pour ces déistes, ne se révèle que par la conscience du bien et du mal, et par l'ordre admirable qu'il a mis dans la nature. Plus l'homme se rapproche de la nature, plus il est proche de Dieu.

Mais ce Dieu est si éloigné, si peu agissant, qu'il est facile de le supprimer. Diderot en est bien près, et d'autres y arrivent. D'Holbach, Helvetius et Saint-Lambert sont des philosophes purement matérialistes, qui se contentent de diviniser la nature, et qui fondent l'ordre social et la famille uniquement sur l'imitation de l'ordre naturel.

« Dépouillée de l'appui du dogme chrétien, la conception de la famille et du mariage n'est plus qu'une conception relâchée et dissolvante » (2). Les philosophes sont hostiles à

(2) MICHON, o.c., p. 56.

l'ancienne famille patriarcale, la famille naturelle n'est composée que du père, de la mère et des enfants. Le mariage est l'élan réciproque de deux jeunes libertés humaines, attirées l'une vers l'autre, et cette union de deux libertés inaliénables est fragile, essentiellement dissoluble; celui qui s'est donné librement peut toujours librement se reprendre.

La famille, dont ils font l'esquisse, n'a plus rien de commun avec la famille ancienne, si autoritaire et si forte.

L'un d'eux, reprenant les idées de Platon, propose même de déclarer les femmes communes et tous les enfants enfants de la Nation (3). Ainsi disparaîtrait toute différence entre les divers enfants.

L'assimilation du bâtard et de l'enfant légitime est également une des doctrines de l'Encyclopédie, bien qu'elle y soit moins nettement exprimée. « Dans l'ordre de la nature, la condition des bâtards et des enfants légitimes est la même, parce qu'ils sont tous du même sang; mais elle est inégale dans le Droit civil.... ils avaient autrefois un droit de légitime, et on les en a privé pour l'avantage, dit-on, des mœurs. Cette loi est bien dure, et je demanderai volontiers ce que les mœurs y ont gagné. »

(3) HELVETIUS, *De l'homme, de ses facultés intellectuelles et de son éducation*; Sect. VIII, chap. X 3.

## Section II : LA RÉVOLUTION DANS LE DROIT

Ces idées allaient bientôt devenir des principes d'action. « L'Etat se propose de faire le bonheur de l'individu, non pas d'une classe d'hommes, des nobles, des prêtres, des enfants légitimes, mais de tous les hommes. Il veut affranchir les esprits et les corps ; ceux-ci par la propriété, ceux-là par la liberté et l'égalité. » (4)

« Guerre aux privilèges et aux privilégiés, s'écrie Mirabeau, voilà ma devise. »

Forts de ces données, les révolutionnaires vont reconstruire la famille sur un autre plan. Ils vont mettre les principes de liberté et d'égalité à la base des relations familiales.

D'autre part, le principe individualiste, qui est à l'origine de la Révolution, est bientôt vaincu et remplacé par la théorie étatiste, celle des révolutionnaires « qui ne veulent pas seulement rendre à l'homme ses droits méconnus, mais qui veulent aussi créer une nation » (5).

La guerre contre l'Europe, les résistances de certaines classes, la grandeur du péril national, la nécessité de vaincre à tout prix et de sauver la Patrie en danger, ont conduit la Révolution à une centralisation absolue, à l'interventionnisme permanent.

Celui-ci ne tarde pas à se manifester dans le domaine familial.

Les révolutionnaires veulent le bonheur de l'individu, mais ce dernier est incapable d'acquérir la félicité par ses

(4) SAGNAC : *Législation civile de la Révolution française*, p. 42.

(5) SAGNAC : *o. c.*, p. 36.

seuls moyens. L'Etat doit intervenir et il ne s'en fera pas faute.



Dans une telle conception du rôle de l'Etat, la famille devient gênante. L'individu seul devant l'Etat, voilà le régime rêvé; et de même que la destruction des corporations ouvrières est décidée, celle de la famille est menée méthodiquement.

Au nom des principes de liberté et d'égalité, un assaut simultané est dirigé contre l'indissolubilité du mariage, contre la puissance paternelle, contre les prérogatives de la légitimité.

La négation du catholicisme comme religion d'Etat, l'existence en France de nombreux citoyens non catholiques, avaient fait du mariage laïc une nécessité sociale.

Or le mariage laïc ne devait plus être indissoluble. Association de deux volontés libres, il ne peut être perpétuel. Le déclarer tel, enchaîner les deux époux l'un à l'autre pour la vie entière, serait nier ce principe de liberté, d'indépendance, que l'on élève si haut depuis le début de la Révolution.

Le divorce est admis le 20 septembre 1792.

Au nom de la liberté, la puissance paternelle est considérée comme une tyrannie qu'il faut briser, elle ne doit plus être que transitoire et subalterne. La majorité fixée désormais à 21 ans (6) entraîne sa disparition (7). Limitée dans sa durée, elle est également restreinte dans ses effets, elle ne s'exerce

(6) Loi du 1<sup>er</sup> février 1793.

(7) Loi du 28 août 1792.

plus que sous le contrôle de l'Etat. Le droit de correction est étroitement réglementé, l'instruction de l'enfant confiée en principe à l'Etat (8). Michel Lepelletier et Robespierre proposent même d'enlever les enfants à leurs parents dès l'âge de 7 à 8 ans, de les réunir à demeure dans des écoles, loin de leurs familles, pour les former aux idées nouvelles dont ils deviendront les plus ardents défenseurs (9).

Au nom de l'égalité, les biens du père de famille sont partagés à sa mort également entre tous ses enfants. La quotité disponible est limitée, la faculté d'exhérer disparaît.



Le principe d'égalité, la disparition du mariage religieux, l'établissement du divorce, le relâchement des liens familiaux, la consécration du droit de l'individu en tant qu'homme et non plus en tant que membre d'une famille (10) déterminent une transformation de la condition de l'enfant adultérin.

Dès 1792, la question des enfants illégitimes est posée à l'Assemblée (11). Tous les hommes naissent égaux en droit,

(8) Par décret du 29 frimaire an II, la Convention établit des écoles du 1<sup>er</sup> degré, gratuites et obligatoires.

(9) Danton : « Les enfants appartiennent à la République avant d'appartenir à leurs parents » (*Moniteur* t. XVIII, p. 654).

Robespierre « La patrie seule a le droit d'élever les enfants » (*Moniteur*, t. XX, p. 409).

Cp. ALVAREZ, thèse p. 110.

(10) Notamment en ce qui concerne le droit de propriété.

(11) Pétition de Madame de Granville du 25 Mars 1792. Auparavant, la condition des enfants illégitimes ne semble pas avoir beaucoup inquiété l'opinion publique. Il n'y a guère à signaler qu'un article de Peuchet dans le *Moniteur* du 2 Juillet 1790.

tous les enfants, quels qu'ils soient, devraient donc avoir les mêmes droits. « Il faut venger la nature dans la personne des enfants naturels, trop longtemps punis des fautes de leur père et mère » (12). D'autre part, de droit naturel, le fait d'engendrer un enfant est créateur d'une obligation alimentaire à la charge des auteurs de l'enfant (13). Tous les enfants doivent donc avoir, au moins, un droit alimentaire.

Mais ne doit-on pas leur reconnaître des droits plus étendus ? C'est alors qu'apparaît la question de la protection de la famille. L'utilité sociale a fait du mariage une obligation, indirectement sanctionnée par la défaveur attachée, par la loi, aux simples unions de fait. Il s'agit, en législation, de concilier l'obligation naturelle d'aliments et les devoirs de l'humanité avec les rigueurs nécessaires d'une loi protectrice du mariage » (14).

La question, ainsi posée, est ainsi résolue dans le projet de décret de L. Robin. Les enfants naturels, nés de personnes libres, concourront avec les héritiers légitimes, mais n'auront que la moitié de ce qui leur serait revenu s'ils eussent été légitimes (art. 1) ; les enfants adultérins n'auront droit qu'à des aliments (art. 8). La recherche de maternité est toujours possible, mais la mère seule sera admise à rechercher la paternité (art. 10 et 11). Si les parents ont déjà des enfants légitimes, la simple reconnaissance ne suffira pas, il faudra qu'elle soit étayée par des preuves ou par la possession d'état. Le souci de la protection de la famille légitime est encore très visible dans ce projet ; et lors de sa discussion, l'excellence

(12) Rapport Robin. A. D. XVIII c. 192, pièce 12.

(13) VERMEIL : *Code des enfants naturels*, p. 7.

(14) Olivier MARTIN : *La crise du mariage dans la législation intermédiaire*, p. 93.

sociale du mariage est de nouveau affirmée, ainsi que la nécessité d'y engager les citoyens par des sanctions indirectes.

En 1793, par contre, les idées vont devenir beaucoup plus audacieuses. Les lois de la deuxième période révolutionnaire sont dictées par une égalité matérielle impitoyable.

Le premier projet de Cambacérès sur les enfants naturels, proposé à la Convention le 4 Juin 1793, refuse encore aux enfants naturels les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes. Cambacérès s'efforce de montrer que l'on ne veut en rien porter atteinte au mariage.

Mais, dans la loi du 12 Brumaire an II, le principe de l'égalité paraît devoir l'emporter sur tout autre. Le souci de la protection du mariage est relégué au second plan.

Les enfants naturels sont déclarés égaux aux enfants légitimes; ils ont les mêmes droits successoraux.

Toutefois, la ruine complète du mariage paraît dangereuse, et une distinction est faite entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins et incestueux.

Cambacérès aurait voulu le rejet de toute différenciation. « Si je n'avais à vous présenter que mon opinion personnelle, je vous dirais : tous les enfants, indistinctement, ont le droit de succéder à ceux qui leur ont donné l'existence; les différences établies entre eux sont l'effet de l'orgueil et de la superstition, elles sont ignominieuses et contraires à la justice... ».

Puis il ajoute : « Mais on a pensé, presque unanimement, que le respect des mœurs, la foi du mariage et les convenances sociales, ne permettaient point de comprendre dans la disposition les enfants nés de ceux qui étaient déjà liés par des engagements (15).

(15) CAMBACÉRÈS, 2<sup>m</sup>e rapport, A. D. XVIII, c. 325, pièce 6.

Les enfants adultérins ne se voient donc accorder que le tiers de ce qu'ils auraient eu s'ils eussent été légitimes et ceci à titre d'aliments (16).

Cependant, alors que l'égalité nouvellement proclamée leur valait un droit pécunaire important, la liberté, par contre, déterminait un changement complet des modes de preuve de la filiation.

La preuve de la maternité reste permise, car l'enfantement est un fait que l'on peut aisément prouver. Il n'en est pas de même de la paternité : celle-ci se trouve couverte « d'un voile impénétrable » ; aussi le législateur décide « d'écarter ces formes inquisitoriales longtemps pratiquées dans l'ancienne jurisprudence, et de refuser toute action qui aurait pour objet de forcer un individu à reconnaître un enfant qu'il ne croit pas lui appartenir (17)

« Il faut bannir de la législation française l'odieuse recherche de paternité » (18). La loi du 9 août 1793 consacre cette prohibition.



Nous nous acheminons vers l'incohérence actuelle, qui consiste à accorder un droit alimentaire à l'enfant adultérin en le privant de tout moyen de le faire valoir.

Son sort est laissé au bon plaisir de son père. Celui-ci

(16) Loi du 12 brumaire An II.

Art. 13 « sont exceptés ceux de ces enfants dont le père ou la mère étaient, lors de leur naissance, engagés dans les liens du mariage.

Il leur sera accordé, à titre d'aliments, le tiers, en propre, de la portion à laquelle ils auraient droit, s'ils étaient nés dans le mariage. »

(17) 1<sup>er</sup> projet Cambacérès; FENET, I, 6.

(18) 2<sup>m</sup>e projet Cambacérès; FENET, I, 101.

peut l'adopter, sinon lui laisser le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eût été légitime. Il peut veiller sur lui, exercer une protection de fait, mais il n'a pas de puissance paternelle.

Le législateur n'a songé qu'aux mesures politiques, favorables à la désagrégation des grands patrimoines. Il ne s'est pas préoccupé de la protection de l'enfant. Le père n'a aucune obligation envers son enfant adultérin. Ni éducation, ni entretien, il ne lui doit rien (19). S'il l'abandonne, la loi déclare contraire à la liberté toute mesure de coercition employée contre lui. Nul ne peut être contraint de reconnaître un enfant illégitime qu'il ne juge pas à propos d'avouer. La loi favorise l'union libre en permettant de donner aux enfants qui en naîtront des droits égaux à ceux des enfants légitimes. Elle n'assure pas la répression de la débauche, sous le triste prétexte de liberté. Qui veut éviter une paternité, lourde à sa frivolité, peut le faire sans difficulté. Tant pis pour la mère qui s'est laissée séduire, tant pis pour l'enfant qui n'a pas su inspirer à son père plus d'amour filial.

Se prétendant si favorable à l'enfant elle ne songe même pas à permettre à l'épouse adultère et à son complice de légitimer les fruits de leurs relations coupables.

Le mariage subséquent de ses père et mère reste sans effet sur la condition de l'enfant adultérin. Les lettres royaux, qui seuls lui ouvrent la légitimation ont disparu au début de la Révolution, sans abrogation formelle, par suite du vote de la Constitution de 1791 qui supprimait les Parlements.

(19) Cf, Arrêt du Tribunal de Cassation du 19 vendémiaire an VII.

Mais cette législation qui voue la mère à la misère, l'enfant à l'abandon organise-t-elle au moins le sauvetage de l'Enfance abandonnée ?

Le 20 Novembre 1790, l'Assemblée Nationale « considérant que la suppression des droits de justice a opéré l'extinction des profits et des charges qui y étaient attachés, et qu'il est de son devoir et de son humanité de s'occuper, sans délai, à la décharge des ci-devant seigneurs haut justiciers, du sort des enfants qui ont été exposés et abandonnés dans leur territoire, décharge lesdits seigneurs de toute obligation à cet égard, et invite son comité de mendicité à lui préparer un plan relatif à la conservation et à l'éducation des trouvés » (20).

La déclaration des droits de l'homme confirme qu'il sera créé et organisé un établissement général de secours public, pour élever les enfants abandonnés.

Le décret du 28 juin 1793 déclare que « la Nation se charge de l'éducation physique et morale des enfants connus sous le nom d'enfants abandonnés ».

Enfin le 27 frimaire an V, une loi est votée par les Conseils (21) et arrête :

« Article I<sup>er</sup> : les enfants abandonnés nouvellement nés seront reçus gratuitement dans tous les hospices civils de la République.

« Article 2 : le trésor national fournira à la dépense de ceux qui seront portés dans des hospices qui n'ont pas de fonds affectés à cet usage.

.....

« Article 4 : ces enfants seront, jusqu'à leur majorité,

(20) Collect. des décrets t. VIII, p. 248, cité par LALLEMAND, p. 254.

(21) *Bulletin des lois* : 2<sup>e</sup> série B. 97 n<sup>o</sup> 914.

sous la tutelle du président de l'administration municipale. dans l'arrondissement de laquelle sera l'hospice où ils auront été portés. Les membres de l'administration seront les conseils de tutelle ».

La Convention, le Directoire, se préoccupent donc de l'Enfance abandonnée. Malheureusement, toutes ces dispositions législatives ne pouvaient faire que les hospices aient des ressources suffisantes pour parer aux charges considérables que leur imposaient les enfants abandonnés. Le nombre de ceux-ci double de 1790 à 1800 (22). Les remboursements du Trésor public sont le plus souvent illusoires, en même temps que les hospices se trouvent privés de leurs anciens revenus par suite de l'abrogation des droits féodaux, des octrois, de la taille.

Aussi la détresse des enfants est-elle grande. Ils périssent, par milliers, d'inanition, entre les mains des femmes de la campagne auxquelles on les a donnés à élever (23). A Paris, en 1797, la proportion des décès atteint le chiffre de 92 % (24) et la situation en province n'est guère meilleure (25).

Ainsi, la Révolution, qui a voulu le bonheur de l'individu et, par conséquent, de l'enfant, qui pour cela a désorganisé la famille, n'a réussi qu'à corrompre les mœurs (26),

(22) CHAPTAL, *Circulaires et instructions du Ministère de l'Intérieur*, T. I, p. 130.

(23) VANDAL, p. 25.

(24) LALLEMAND, p. 207.

(25) ROCQUIN : *Etat de la France au XVIII Brumaire*.

(26) « La corruption des mœurs est extrême, la licence absolue, les lois et les circonstances se sont unies pour abolir les mœurs. Le malheur des temps a disjoint les familles. Le législateur révolutionnaire a diminué l'autorité paternelle et mis la famille en République ». VANDAL, p. 58.

à multiplier le nombre des enfants illégitimes, et le pourcentage des décès parmi eux. Leur situation matérielle n'a pas été améliorée de façon utile.

Aussi, depuis le 9 thermidor, cette législation a-t-elle cessé de correspondre à l'idéal du législateur. Deux pétitions, figurant parmi les procès-verbaux de la Convention, critiquent la loi de Brumaire au nom de la distinction de l'ordre naturel et de l'ordre civil (27). Les discours prononcés aux Conseils, expriment la même tendance. Et cependant, tous sont d'accord pour renvoyer aux discussions du Code civil l'examen d'une nouvelle législation sur les enfants illégitimes. Ils se contentent d'abolir l'effet rétroactif de la loi du 4 Juin 1793.

---

(27) Olivier MARTIN, o. c., p. 127.

## CHAPITRE II

---

### Le statut de l'enfant adultérin en 1804

---

En dix ans, la Révolution avait trompé tous les calculs, déçu tous les espoirs. « On en attendait un gouvernement réglé et stable, de bonnes finances, des lois sages, la paix au dehors, la tranquillité au dedans. On avait eu l'anarchie, la guerre, le communisme, la Terreur, la faillite, la famine et deux ou trois banqueroutes. La dictature napoléonienne concilia le besoin d'autorité et l'idéologie démocratique » (1)

Après le 18 Brumaire, Bonaparte entend remettre de l'ordre partout, dans les finances comme dans l'organisation administrative, dans le droit privé comme dans le droit public. Il veut réorganiser, il veut reconstruire la famille.

La bourgeoisie conservait et pratiquait les usages anciens sur le mariage et la famille, usages en antagonisme avec les lois de la Convention.

« Entre les unes et les autres, le choix de Bonaparte était fait, et ce choix était en même temps celui des conseillers d'Etat, jurisconsultes de la vieille France. La famille du Code sera la famille de l'ancienne France » (2).

Le législateur avait essayé, dans les périodes précé-

(1) P. GAXOTTE : *La Révolution française*, T. II.

(2) DELZONS, *o. c.*, p. 18.

dentes, de se passer de la famille. La société avait été réduite aux deux termes : état et individu. Le résultat avait été mauvais.

Il apparaissait donc que la famille était un organisme nécessaire, et Bigot de Préameneu déclare au Conseil d'Etat : « l'intérêt public est dans la bonne organisation de chaque famille, car il en résulte la bonne organisation de l'Etat (3).

Les auteurs du Code civil voulurent donc propager « l'esprit de famille, qui est si favorable à l'esprit de cité. Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques, déclarent-ils, et c'est par la petite patrie, qu'est la famille, que l'on s'attache à la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris, les bons frères, qui font les bons citoyens. »

Mais la famille, si nécessaire, ne peut exister que par le mariage. Identifier les enfants légitimes et les enfants naturels, ce serait détourner les citoyens de cette institution. Il faut donc sacrifier les enfants naturels.

Revalorisation du mariage, exclusion des enfants illégitimes de la famille, voilà ce que les auteurs du Code reprennent à l'ancien droit et consacrent à nouveau.

Sans doute, le Code dût maintenir la sécularisation du mariage, accepter le divorce réprouvé par l'Ancien droit, il dût pareillement faire leur part aux idées égalitaires et abandonner des pratiques qui avaient été vivement critiquées à la fin de l'Ancien Régime. La puissance maritale sera établie pour la protection de la femme, en faveur du mariage et non plus au profit du mari. La puissance paternelle ne sera admise que dans l'intérêt de l'enfant.

Mais une fois ces concessions faites aux idées nouvelles,

(3) Conseil d'Etat, 10 Février 1803. FENET, XII, 315.

la famille légitime sera organisée minutieusement, comme la cellule fondamentale de l'Etat.

Mariage, puissance maritale, autorité paternelle, sont les trois bases sur lesquelles se porte toute l'attention du législateur.

Le mariage est ainsi défini par Portalis : « La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée. » (4).

Nous trouvons dans cette définition l'énoncé d'un double but, l'un qui est, à juste titre, mis en première ligne car c'est le but naturel, et par conséquent essentiel : la procréation et l'éducation des enfants, l'autre, qui n'est que secondaire, vise le bonheur des époux, la mutuelle assistance dans la bonne et la mauvaise fortune.

« Le mariage est envisagé principalement et avant tout comme un acte utile à l'espèce ; la vie des enfants, leur éducation, leur formation, tels sont les intérêts qui doivent guider le législateur dans la détermination de l'essence du lien conjugal et des caractères de l'état matrimonial » (5).

Le mariage devient alors une institution sociale, car il suppose que l'effort de la génération présente est tourné vers la préparation de la génération de demain ; et, à cette tâche, doit être subordonné tout le reste, « c'est à dire les passions, les plaisirs les aspirations individuelles au bonheur, et quelquefois même des vies tout entières, dont le sacrifice doit être consenti pour assurer à la génération qui se forme, les conditions générales d'existence qui lui sont les plus favorables ».

A cette société, créée pour la perpétuation de l'espèce,

(4) *Discours*, p. 164.

(5) COIRARD : *La famille dans le Code civil*, p. 39.

il faut un chef, c'est le mari. Mais son autorité n'a plus rien de blessant pour la femme. Elle n'est que le résultat d'une nécessité sociale, elle ne constitue pas un privilège pour le mari, et ne lui appartient qu'en vertu d'une bonne division du travail, dont la femme profite comme son époux.

La femme doit coopérer avec son mari, diriger, gouverner avec lui la société familiale, et si, en cas de désaccord, elle est tenue de céder, ce n'est que parce qu'il est nécessaire que quelqu'un cède, et que, généralement, ce sera l'intérêt commun qu'il en soit ainsi :

L'homme et la femme ne doivent pas seulement procréer, ils doivent encore élever leur enfant.

Afin que celui-ci soit élevé de la façon la plus utile à la société, le législateur donne au père un pouvoir spécial sur l'enfant : la puissance paternelle.

Sous la Révolution, celle-ci avait subi bien des attaques, bien des amputations. Dès l'an VIII, on songe à « restituer à l'autorité paternelle le légitime empire qu'elle n'aurait jamais dû perdre » (6).

Cependant, ainsi restaurée, elle présente un caractère nouveau. Alors qu'autrefois, elle était considérée comme un droit du père sur l'enfant, comme conçue essentiellement dans l'intérêt du père, désormais elle ne doit connaître d'autres fins que la protection de l'enfant. Elle est établie dans son intérêt, ou plutôt dans l'intérêt de l'Etat, qui pourra ainsi surveiller l'usage que le père en fait.

(6) FENET, I. 331.

La famille légitime est considérée par les rédacteurs du Code civil comme la pépinière de l'Etat. Elle est soigneusement réglementée, afin que tout en elle soit ordre et harmonie, afin que les enfants soient élevés avec toutes les garanties possibles, dans les qualités qui feront d'eux de bons citoyens.

Bien plus, elle leur apparaît comme étant le seul organisme capable d'arriver à ce but : la formation d'un citoyen. Toute union entre homme et femme autre que le mariage, leur paraît trop précaire pour prétendre élever des enfants, trop immoral pour bien les élever.

Dès lors, sans prétendre interdire ces unions, ils veulent jeter un voile sur elles : l'union libre n'est qu'un simple fait qui ne produit aucune conséquence juridique ; d'autre part ils frappent les enfants illégitimes de nombreuses déchéances, non pas en partant d'une idée de faute de leur part, mais pour mieux faire ressortir, par cette différence de traitement, tout l'intérêt qu'ils portent à la famille légitime.

Puisque l'on veut faire ressortir la grandeur du mariage, il est normal de reprendre la très ancienne distinction en faveur au Bas-Empire, entre enfants légitimes, enfants naturels, enfants adultérins et incestueux ; distinction que nous avons vu réapparaître, chaque fois que l'on invoque la protection de la famille.

Les enfants légitimes jouiront de la plénitude des droits. Et en principe ils devraient être les seuls à avoir des droits, car seuls ils feront de bons citoyens, de bons soldats.

Telle est d'ailleurs la pensée de Bonaparte, lorsqu'il déclare au Conseil d'Etat : « la Société n'a pas intérêt à ce que

les bâtards soient reconnus » (7). On ne peut rien faire de bon avec des enfants illégitimes, pourquoi permettre dès lors une reconnaissance qui ne pourrait que détourner les parents du mariage.

Néanmoins, les rédacteurs du Code, tout en reconnaissant que « la faveur du mariage, le maintien des bonnes mœurs, l'intérêt de la société veulent que les enfants naturels ne soient pas traités à l'égal des enfants légitimes » (8) admettent la légitimation de l'enfant naturel et lui reconnaissent un certain nombre de droits.

Ils se montrent, par contre, beaucoup plus durs pour l'enfant adultérin, pour cet enfant qui, non seulement est en marge de la famille, mais encore a été conçu au mépris des lois les plus saintes, qui basent le mariage et la parenté. « La naissance d'un enfant, fruit de l'adultère, est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on put en éteindre jusqu'au souvenir » (9).

Il faut interdire toute reconnaissance d'un enfant adultérin, la loi devrait même lui refuser tout droit. « Y aurait-il rien de plus immoral et de plus contraire aux convenances sociales, que d'assurer la protection de la loi à ces enfants monstrueux ». Elle doit, au contraire, faisant une distinction entre « les fruits innocents de la faiblesse et les fruits honteux du crime... marquer ces derniers du sceau ineffaçable de la honte et de la réprobation » (10).

(7) FENET, X. 77.

(8) FENET, X. 522.

(9) FENET, X. 196.

(10) FENET, X. 200.

« Flétrir ainsi la violation du saint nœud du mariage, c'est l'honorer de la manière la plus utile » (11).

..

Des législateurs qui considèrent la famille légitime avec tant de faveur, l'enfant adultérin avec tant de réprobation, ne pouvaient que se montrer avares de bienfaits envers ce dernier.

D'ailleurs Loiseau les console vite. « N'est-ce pas la nature qui règle les destinées des hommes, qui assigne leur rang, leur filiation..., le bâtard n'est pas plus fondé à se plaindre de sa naissance et du vice qui y est attaché, que des enfants légitimes du faible patrimoine que leur laisse leur père. Loin de former des plaintes chimériques, qu'ils cherchent à couvrir la honte de leur origine par des faits glorieux » (12).

Si la société le renie, qu'il se rende utile à sa patrie ingrate, cela vaudra bien mieux que des lamentations !

## I

Pour être « un enfant monstrueux » il suffit d'être né d'un adultère, et il y a adultère lorsque l'un de ses père ou mère était engagé dans les liens du mariage au moment de sa conception, (la qualité de la filiation se fixe à cette époque).

Que l'on envisage sa condition quant aux modes de preuve de la filiation, quant à ses droits de famille, ou pécuniaires, on trouve partout la marque de la réprobation violente qu'il soulevait contre lui.

(11) FENET, id. 196.

(12) LOISEAU : *Traité des enfants naturels, incestueux, adultérins et abandonnés*, p. 9.

L'enfant légitime établit sa filiation au moyen d'un acte de naissance, l'enfant naturel au moyen d'une reconnaissance. On avait demandé qu'il en fut ainsi pour les enfants adultérins, qu'ils puissent être reconnus, sinon par leur mère, du moins par leur père.

Cette proposition fut écartée. « La reconnaissance de l'enfant adultérin serait de la part du père ou de la mère l'aveu d'un crime. Il a été réglé qu'elle ne pourrait avoir lieu qu'au profit d'enfants nés d'un commerce libre (13).

La loi prohibe donc la reconnaissance de l'enfant adultérin (art. 335); mais cela suppose, tout au moins lorsque la filiation de l'enfant n'est pas encore établie (14), que l'acte même annonce le vice de cette filiation.

En effet, supposons qu'une mère libre reconnaisse l'enfant auquel elle a donné le jour, sans indiquer le père qui, par hypothèse, est marié. La reconnaissance est valable. Elle n'est, en apparence, que la reconnaissance d'un enfant naturel simple. Pour la faire annuler, il faudrait la prétendre adultérine, soutenir que le père de l'enfant est marié, rechercher la paternité, or la recherche de paternité adultérine est interdite contre l'enfant, aussi bien qu'en sa faveur.

Par contre, si la mère, en reconnaissant l'enfant, désigne comme père un homme marié (15), si le père libre, en déclara-

(13) FENET, X. 86 et 156.

Chaque tentative en faveur de l'enfant adultérin sera ainsi repoussée au nom de la morale; trop heureux de vivre l'enfant devrait se cacher, se faire oublier.

(14) ... à l'égard de l'un de ses parents : filiation naturelle, si elle est établie à l'égard du parent libre; filiation adultérine dans le cas contraire, cf. infra.

(15) LAURENT : *Principes* IV 213, PLANIOL, RIPERT et ROUAST : « *La Famille* », n° 968.

cp. Requête 29 janvier 1883, D. 1883, 1-319.

rant sa paternité, attribue l'enfant à une femme mariée à un autre homme (16), la reconnaissance sera nulle. C'est l'aveu d'une filiation adultérine, or la loi prohibe cet aveu, cet étalage du crime.

La reconnaissance sera également nulle, lorsque le père et la mère reconnaissent l'enfant dans un seul et même acte, l'un des parents étant marié et l'autre libre. Le parent marié, reconnaissant l'enfant comme né d'un autre que de son conjoint, fait l'aveu d'une filiation adultérine. Cet aveu est prohibé, la reconnaissance est nulle et l'enfant n'a aucune filiation (17).

En l'absence d'aveu d'adultérinité, sera nulle, en vertu de l'article 335, la reconnaissance d'un enfant dont la filiation adultérine est déjà légalement établie, à la suite d'un désaveu par exemple; ainsi que la reconnaissance, par une personne mariée, d'un enfant déjà reconnu, cette dernière reconnaissance étant annulée comme tendant à établir une filiation adultérine.

L'article 335 interdit la reconnaissance faite au profit d'un enfant adultérin. Quelle est la sanction de cette prescription ? Deux mesures assurent le respect de la loi. La première, mesure préventive, consiste dans le refus de l'Officier public de dresser l'acte, lorsque le caractère adultérin de la filiation lui est connu, ou ressort des déclarations qui lui sont faites.

En disant que la reconnaissance « ne peut avoir lieu »,

(16) Cass. 1<sup>er</sup> mai 1861, D. 1861. I. 241.

(17) LAURENT, O. C., IV, 216. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, I. c.

Cf. Req. 17 Juill. 1900, D. 1901, I. 558 et Civ. 19 Nov. 1907, D. 1908, I. 15.

le Code ordonne implicitement aux Officiers publics de ne pas prêter leur ministère à un acte illégal. (18)

La deuxième mesure vise le cas où la reconnaissance a été reçue, à la suite de l'ignorance de l'Officier public de la situation du déclarant, ou grâce à sa connivence. La reconnaissance est alors frappée de nullité. Sans doute, la nullité n'est pas expressément prévue par la loi, mais elle est la sanction ordinaire des textes qui prohibent un acte juridique.

Quelles vont être les conséquences de cette annulation ?

L'accord est loin d'être réalisé sur ce point, et ne le sera que dans la deuxième partie du XIX<sup>e</sup> siècle.

Suivant un premier système, la reconnaissance d'un enfant adultérin, quoique nulle, en ce qu'elle ne peut procurer à l'enfant les effets que la loi attache à la reconnaissance d'un enfant naturel, produit effet à l'encontre de celui qui l'a faite, et le met dans l'obligation de fournir des aliments à l'enfant. (19)

Réciproquement, cette reconnaissance a pour effet d'annuler toutes les libéralités qui seraient faites à l'enfant par l'auteur de cet acte, au-delà des aliments. (20)

Suivant une autre opinion, la reconnaissance d'un enfant adultérin ne produit aucun effet en sa faveur et peut au contraire lui être opposée (21).

(18) PLANIOL, RIPERT et ROUAST : « *La Famille* », n<sup>o</sup> 967, 968.

(19) Bruxelles, 29 Juillet 1811, J. G. Paternité 724-8<sup>o</sup>

Grenoble, 20 Janvier 1831, J. G. Paternité 724-9<sup>o</sup>

Lyon, 25 Mars 1835, J.G. Paternité 724-7<sup>o</sup>

En ce sens DELVINCOURT, TOULLIER, VALETTE, LAURENT.

(20) Toulouse 5 Mars 1827, J. G. Paternité 724-9<sup>o</sup>

Lyon 25 Mars 1835 J. G. Paternité 724-11<sup>o</sup>

Paris, 14 Decembre 1835, J. G. Paternité 724-6<sup>o</sup>

(21) BEDEL : *de l'adultère et des enfants adultérins*.

Enfin une troisième doctrine considère la reconnaissance comme absolument nulle, et ne pouvant ni nuire, ni profiter à l'enfant. Par suite, d'une part, il ne peut s'en prévaloir pour réclamer des aliments et, d'autre part, elle ne peut lui être opposée pour le rendre incapable de recueillir les libéralités qui lui ont été faites par ses auteurs. (22)

La reconnaissance étant prohibée, la recherche judiciaire de filiation adultérine ne pouvait être admise (art. 342).

La crainte du scandale s'y oppose.

La recherche de paternité naturelle est interdite, le législateur révolutionnaire a lancé l'anathème contre cette recherche, considérée comme la source de scandales, d'abus de toutes sortes (23), comme contraire à la liberté humaine (24). Les rédacteurs du Code civil conservent le même langage : « elle cessera enfin cette lutte scandaleuse, et trop funeste aux mœurs : la recherche de la paternité est interdite » (25).

La recherche de la paternité naturelle étant interdite, la recherche de paternité adultérine devait l'être a fortiori.

Mais alors que la recherche de maternité naturelle reste permise, la peur « du scandale qu'il y aurait à voir cet enfant monstrueux, qui, pour quelques aliments, qu'il peut se pro-

(22) Cass. 28 Juin 1815 J. G. Paternité 725-1°

Cass. 11 Nov. 1819 J. G. Paternité 719-1°

Rouen, 6 Juillet 1820 J. G. Paternité 725-2°

Rouen, 9 Mars 1824 J. G. Paternité 725-1°

Rouen, 11 Mars 1828 J. G. Paternité 725-1°

C'est d'ailleurs cette dernière opinion qui sera définitivement admise.

(23) V. réquisitoire de l'avocat général Servan, cité par BARET : *histoire des preuves de la filiation naturelle*; p. 43.

(24) cf. Supra.

(25) FENET, X, 198.

curer d'ailleurs, accuserait les auteurs de ses jours de lui avoir donné naissance par un crime » (26), a fait interdire la recherche de maternité adultérine.

La recherche de filiation adultérine est ainsi totalement interdite, qu'elle soit exercée contre l'enfant aussi bien qu'en sa faveur (27).

Le législateur aurait désiré que l'on ne parlât jamais de filiation adultérine — il interdit toute reconnaissance ou recherche judiciaire. Dans quelques cas, néanmoins, la filiation adultérine sera légalement établie (28).

Un mari désavoue l'enfant de sa femme — sauf le cas où la conception est antérieure au mariage, l'enfant est adultérin, car il est né d'une femme mariée et d'un autre que de son mari.

Un enfant se prétend enfant légitime et réussit à prouver par témoin sa filiation maternelle; mais le mari de sa mère réussit de son côté à prouver, conformément à l'article 325 du Code civil, qu'il n'est pas le père de l'enfant. Cet enfant est encore adultérin pour sa mère (29).

Par suite d'une erreur de fait ou de droit, un jugement a admis la preuve d'une paternité ou d'une maternité qui se trouve être adultérine. Si ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé, la chose jugée étant considérée comme l'ex-

(26) FENET, X, 199.

(27) contre l'enfant : cf. Aix, 30 Mai 1866; D. 1866, 2.201 et Requête, 13 Juin 1882, D. 1842, 1.301; en sa faveur, Requête, 22 Janvier 1840, S. 1840 1.123, Requête, 1<sup>er</sup> Mars 1849, D. 1849 1.198 et Grenoble 7 Mars 1849, D. 1851 2-240.

Aujourd'hui, argument art. 340 Code civil.

(28) COLIN et CAPITANT, I, 353.

(29) Cf. au 5 janvier 1882; S. 1882. 2.278.

pression de la vérité, il est acquis pour toutes les parties en cause, que l'enfant est adultérin (30).

Un mariage est annulé pour cause de bigamie, et les époux étant par hypothèse tous deux de mauvaise foi, leur union ne peut valoir à titre de mariage putatif, ni conférer aux enfants qui en sont issus le bénéfice de la légitimité, ceux-ci sont donc adultérins. Leur état sera établi par le jugement qui annule le mariage, combiné avec l'acte de naissance. « Malgré l'annulation du mariage, la présomption de paternité subsiste, elle ne repose pas sur l'existence abstraite du lien juridique que l'on appelle mariage, mais bien sur un ensemble de faits qui rendent vraisemblables la fidélité de la femme et la paternité du mari : la cohabitation obligée des époux, le droit qu'avait le mari de forcer sa femme à le suivre et à demeurer avec lui, le droit de la faire condamner pour adultère. Or, avant l'annulation du mariage, le pseudo-mari jouissait en fait de tous ces droits » (31).

Lorsque l'enfant adultérin ne se trouve dans aucun des cas ci-dessus étudiés, sa filiation adultérine ne peut être établie, il est un étranger pour ses parents, qui n'ont aucun droit sur lui, aucune obligation civile envers leur enfant (32).

(30) Caen, 18 février 1854 et Requête 12 décembre 1854-D. 1855 I., 53. Requête 3 août 1908. On peut assimiler à ce cas celui où un jugement fait état d'une reconnaissance qui a constaté une filiation adultérine sans remarquer le vice de cette reconnaissance. La filiation de l'enfant se trouve du même coup établie. Cf. trib. Amiens, 12 Mars 1904 et Req. 3 août 1909; D. 1909-1-48.

(31) Cf. Paris, 8 décembre 1913, G. P. 22 février 1913.

Trib. Seine, 26 juin 1913, G. P. 22 août 1913.

En ce sens MARCADÉ, sur l'art. 335, n° 3; DEMOLOMBE, v. 587; PLANIOL, RIPERT et ROUAST, o. c. n° 974, cf. n° 310, contra VALETTE, sur PROUDHON, II, 157.

## II

Le législateur voulait ignorer l'enfant adultérin ; il y a des cas cependant où l'existence de celui-ci est certaine, quelle va être sa réaction ? Va-t-il le protéger ?

Sa ligne de conduite est exprimée très nettement dans cette phrase déjà citée : « y aurait-il rien de plus immoral que d'assurer la protection de la loi à ces enfants monstrueux ».

Il se reprend toutefois, et leur accorde des aliments, mais c'est le seul droit qu'il leur reconnaîtra.

Pour eux, point de puissance paternelle, point de tutelle légale de leurs parents, pas de droits de succession.

L'absence de puissance paternelle est tirée, par argument a fortiori, de l'article 383 du Code Civil — puisque les parents n'ont pas la puissance paternelle sur leurs enfants naturels, à plus forte raison ne doivent-ils pas l'avoir sur leurs enfants adultérins (32).

La tutelle légale est également refusée aux parents de l'enfant adultérin, malgré le silence du Code.

Celle-ci est, en effet, considérée comme « consistant à prendre soin de la personne d'un incapable et à administrer ses biens » (34).

Admettre la tutelle légale au profit des parents adultérins,

(32) à moins qu'il n'ait réussi à se rattacher à celui de ses père et mère qui est libre, il est alors à l'égard de ce parent enfant naturel simple.

(33) LOISEAU, p. 741.

(34) PLANIOL I, 1750.

ce serait ériger en présomption absolue leur souci de l'enfant, leurs qualités d'éducateurs. Or les parents adultérins n'ont pas la confiance du législateur, quelle éducation morale peut-on attendre de criminels ? Ils ne sauraient par conséquent se voir attribuer la tutelle légale, celle-ci n'existe pas pour un enfant adultérin. (35)

Tout droit de succession sur les biens de ses parents est également refusé à l'enfant adultérin, qui ne peut rien recevoir d'eux au-delà des aliments ; que ce soit par donation ou par legs, toute libéralité dépassant ce taux est annulée (art. 908, al. 3), à la demande de tout intéressé. (36)

Il n'a droit qu'à des aliments (art. 762), cela est dit et répété ; mais il peut invoquer ce droit, soit du vivant de ses père et mère, soit à leur mort.

L'article 762 accorde à l'enfant adultérin le droit de réclamer des aliments à la succession de son père ou de sa mère. Cette disposition suppose évidemment que les parents adultérins sont eux-mêmes tenus de fournir des aliments à leur enfant, car cette obligation ne peut naître en la personne des héritiers. Si elle les grève, c'est qu'elle leur est transmise par le défunt (37). L'enfant peut donc réclamer des aliments à ses parents et son action est régie par le droit commun.

Mais, alors que l'obligation alimentaire est, en principe, intransmissible, exceptionnellement elle persiste au profit de

(35) DEMOLOMBE, V. 667.

(36) Argument art. 908, al. 1<sup>o</sup> : la loi ne reproduit pas l'énumération limitative qu'elle donne des personnes munies de l'action en nullité, à propos des donations faites aux enfants naturels.

(37) PLANIOL I. 664 et les arrêts cités. Cette obligation alimentaire du vivant des père et mère adultérins est d'ailleurs réciproque.

l'enfant adultérin et à la charge de la succession de son père ou de sa mère prédécédé.

Ce n'est pas d'ailleurs à titre héréditaire que ces aliments lui sont accordés ; l'enfant adultérin n'a pas de droit de succession, il n'a qu'un droit de créance contre l'hérédité (38).

La quotité de ce droit est éminemment variable ; elle dépend à la fois de quatre éléments : importance de la succession, nombre et qualités des héritiers, besoins de l'enfant.

Il faut d'abord tenir compte des facultés du père ou de la mère (art. 763), c'est-à-dire de l'importance plus ou moins grande de la succession. C'est en effet la succession qui est débitrice des aliments. C'est d'elle qu'il faut s'occuper. La créance alimentaire existe contre la succession elle-même, dont l'individualité est prolongée jusqu'à ce que cette créance soit liquidée — il n'y a pas lieu d'envisager la situation pécuniaire des héritiers. (39)

Il faut ensuite tenir compte du nombre et de la qualité des héritiers. « Cette mesure n'est, dit-on, que le corollaire de la première, car le nombre plus ou moins considérable des héritiers diminue nécessairement les ressources de l'hérédité elle-même. Cette explication est vraiment insuffisante. Il faut, sans doute, tenir compte de l'importance de la succession débitrice, mais en quoi cette importance est-elle modifiée par le fait du plus ou moins grand nombre d'héritiers appelés à succéder. » (40)

(38) Le droit de succession est réservé par la loi aux seuls membres de la famille, or les enfants naturels ne font pas partie de la famille, ils ne doivent donc pas avoir de droit de succession. Les enfants naturels n'ayant pas de droit de succession, à plus forte raison les enfants adultérins ne sauraient en avoir. Cf. FENET XII, 238.

(39) DEMOLOMBE : XIV, § 127.

(40) VALLIER O. C. p. 447.

La quotité du droit de créance varie en outre suivant la qualité des héritiers, suivant leur degré de parenté avec le défunt. Plus la parenté des héritiers est éloignée, plus le droit de l'enfant peut être étendu. En opposition avec le droit des héritiers, le sien augmente à mesure que se justifie moins le leur. Réduit au minimum en présence d'enfants légitimes, il est porté au maximum lorsqu'en l'absence de successible l'Etat recueille la succession.

Il faut enfin tenir compte des besoins de l'enfant.

Toute créance alimentaire suppose, comme condition préalable de son existence, le besoin du créancier. On comprendrait assez que la créance alimentaire fut fixée, indépendamment de ses besoins actuels, comme ressource éventuelle pour ses besoins futurs. Il semble néanmoins que la preuve des besoins actuels soit nécessaire (41), car le Code admet la disparition de cette créance, lorsque l'un des parents a pourvu à la situation matérielle de l'enfant, en lui faisant apprendre un art mécanique. On peut logiquement en conclure que lorsque l'enfant est à l'abri du besoin, pour quelque cause que ce soit, la créance d'aliments contre la succession disparaît. (42)

La quotité de la créance alimentaire, liquidée lors de l'ouverture de la succession, n'est plus susceptible de variations, quels que soient les changements qui surviennent dans la position des héritiers, ou dans celle de l'enfant. S'il n'y a pas de texte, la solution n'en doit pas être moins certaine. Le législateur qui n'a accordé qu'à regret un droit alimentaire aux enfants adultérins, a voulu du moins éviter de perpétuer entre la famille et l'enfant toute relation, il a voulu éviter que des conflits fréquents ne s'élèvent entre eux et en dévoilant

(41) DEMOLOMBE, XIV, § 127

(42) VALLIER, O. C. 448.

la filiation adultérine au public, ne blessent les bonnes mœurs.

C'est également la raison qui a fait écarter le droit, pour l'enfant, de réclamer à sa majorité le remboursement du capital des aliments. (43)

Le législateur qui considère l'enfant adultérin comme un réprouvé, qui lui interdit toute recherche de filiation, qui ne lui accorde dans des cas exceptionnels qu'un droit alimentaire, ne pouvait admettre la légitimation et l'adoption d'un tel enfant.

Celui-ci porte la flétrissure de l'adultère, il y aurait scandale à l'assimiler à un enfant légitime.

Alors même que ses parents se marieront (44), ils ne pourront légitimer leur enfant. « Cependant que l'intérêt des mœurs a fait admettre la légitimation par mariage subséquent, ce même intérêt s'oppose à ce qu'elle ait lieu, si les enfants ne sont pas nés de père et de mère libres. » (45)

Ils ne pourront pas davantage l'adopter.

Sans doute, si l'adultère n'a pas été constaté, si l'enfant n'a pas été reconnu dans la forme déterminée par la loi, le vice de sa naissance est caché, et ne met pas obstacle à son adoption.

Mais s'il a la qualité d'enfant adultérin, il ne peut être ni reconnu ni légitimé; il ne peut rien recevoir de ses parents au-delà des aliments. « Permettre une adoption paraît inconciliable avec ces dispositions, car ce serait un procédé vraiment trop facile de tourner la loi. » (46)

(43) FENET, XII, 31.

(44) Sauf application de l'art. 298 C. civ.

(45) FENET X. 149.

(46) LOISEAU, p. 363. Néanmoins en l'absence de texte, la solution est controversée dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle en jurisprudence. Cf. Pour la nullité Nancy 18 août 1814 et Cassat. civile 23 déc. 1916 et pour la validité, Rouen, 15 fév. 1813 au Sirey chr.

En résumé, voici la condition que le Code fait à l'enfant adultérin.

En principe, il ne veut pas entendre parler de lui, et déclare interdite toute reconnaissance, toute recherche de filiation adultérine. Que l'enfant fasse ce qu'il voudra, qu'il s'élève comme il le pourra, que ses parents s'occupent de lui ou le négligent : peu importe, pourvu que l'on n'entende pas parler de lui.

Toutefois, il faut prévoir le cas où sa filiation aura été prouvée — il pourra alors porter le nom de son père ou de sa mère, il pourra même leur réclamer des aliments, à eux ou à leur succession. Mais c'est tout, aucun droit de garde, ou d'éducation, interdiction de toute libéralité. Pas de légitimation ni d'adoption possible.

---

### CHAPITRE III

---

## L'évolution sociale et législative depuis 1804 et le statut de l'enfant adultérin

---

Une législation si dure pour l'enfant adultérin pouvait convenir au Premier Empire, mais elle devait se modifier à mesure que l'on s'en éloignait.

La substitution d'un régime démocratique au régime impérial, le mouvement individualiste, les transformations économiques, l'affaiblissement du sentiment religieux (1), le goût du bien-être : toutes ces causes ont déterminé ou détermineront un changement de la législation.

\*  
\* \*

Le mouvement libéral qui s'était développé au XVIII<sup>e</sup> siècle, qui voulait le bonheur de l'individu et non plus de la fa-

(1) « En fonction de l'individualisation croissante de la morale, les âmes religieuses tendent à se faire, sur les bases de la foi ancienne, une éthique et un credo personnel ». R. HUBERT, p. 116. Chacun se crée une religion personnelle qui est évidemment moins sévère que la religion ancienne.

mille prise en elle-même, après un échec momentané au début du XIX<sup>e</sup> siècle (2), reprend de nouveau son essor après 1830.

Déjà, à travers le XVIII<sup>e</sup> siècle, deux grandes théories circulent, promettant le bonheur aux humains : la théorie du Droit naturel et celle de l'utilité sociale. « L'une met au-dessus de tout la nature, sorte de destin fatal, l'autre place au sommet de l'édifice social la raison. Pour les partisans de la première, les lois ne se font pas, elles se déclarent ; pour les sectateurs de la deuxième, les lois dérivent de la volonté libre, variable avec les circonstances et les intérêts de l'Etat. » (3) Dans la première théorie, l'Etat doit être aussi peu gênant que possible, dans la deuxième l'Etat doit intervenir afin d'assurer à l'individu le bonheur qu'il ne pourrait atteindre seul.

Au XIX<sup>e</sup> siècle, nous retrouvons cette antithèse entre les théories individualiste et étatiste. Au début du siècle, l'individualisme révolutionnaire a laissé encore quelques traces, mais à mesure que l'on s'éloigne de la Restauration, l'appel à la législation, à l'autorité, à l'Etat, devient chaque jour plus pressant. Saint-Simon et les Saint-Simoniens, Louis Blanc, Cabet, Sismondi, si différents entre eux à tant d'égards se trouvent rapprochés les uns des autres par cet appel qu'ils font entendre : « Sismondi, préoccupé avant tout de fins morales, charge l'Etat d'introduire plus de justice dans les relations des hommes entre eux ; Cabet restaure, en l'aggravant, une notion de l'Etat qui rappelle celle que s'en faisait le despotisme éclairé ; Louis Blanc et les premiers collectivistes se flattent de mettre l'Etat au service de l'individu, sans réussir à protéger l'individu contre les empiètements de l'Etat. Les

(2) Loi du 8 mai 1816 sur l'abolition du divorce ; Loi du 17 mai 1826 sur les substitutions et majorats.

(3) SAGNAC, O. C., p. 31.

Saint-Simoniens font l'apologie de l'autorité pour l'autorité (4).

Plus on avance dans l'histoire de la monarchie de Juillet, plus on constate chez les écrivains qui ne s'occupent ni de sciences sociales, ni de sciences politiques, une infiltration continue de ces tendances et de cet esprit.

Il pénètre dans l'Eglise même, bien avant que le livre de François Huet ait paru, inaugurant à proprement parler le socialisme chrétien. Il recueille les sympathies de Lacordaire et d'Ozanam, dont le journal « l'Ere nouvelle » est favorable aux écoles socialistes.

La littérature, le roman, le théâtre offrent des exemples du même spectacle. Benoît Malou (5) cite pêle-mêle Béranger et Lamennais, George Sand et Eugène Sue, Chateaubriand lui-même comme adeptes de la cause.

Ce mouvement devait déterminer 1848 et le suffrage universel, la politique sociale du Second Empire, la Troisième République.

Dès lors le gouvernement est censé être l'expression de la volonté du peuple. Il en résulte, notamment, une recherche constante, dans les lois et les institutions, du bien-être général de tous les individus, ainsi qu'un accroissement de l'action de l'Etat; laquelle ne va pas contre la libre activité des individus, mais tâche au contraire de les aider à atteindre plus facilement le but qu'ils se proposent (6).

Parallèlement à ce mouvement étatiste, qui prétend à l'intervention constante de l'Etat, la transformation économique détermine la désagrégation du groupe familial.

(4) H. MICHEL : *l'idée de l'Etat*, p. 271.

(5) *Le Socialisme intégral*, I., 145.

(6) ALVAREZ : *De l'influence des phénomènes politiques, économiques et sociaux sur l'organisation de la famille*, -p. 52.

L'accumulation des populations dans les villes, au détriment des campagnes, la nécessité chaque jour plus pressante de la lutte pour la vie, la facilité et la sécurité des voies de communication, permettant à l'ouvrier qui recherche du travail un déplacement rapide d'un point à un autre du territoire, ont déraciné du sol provincial les familles qui y étaient primitivement attachées, séparé les unes des autres les différentes branches d'une même famille.

La disparition de la classe moyenne, écrasée entre le riche industriel et le travailleur aisé, la vie de l'usine réduisant à un strict minimum les heures de vie commune du ménage, ont relâché les liens moraux qui unissaient les membres de la famille.

Celle-ci s'est amenuisée, elle ne comprend plus désormais que la famille « immédiate » : homme, femme et enfants mineurs.

D'autre part, l'unité de ce groupe si restreint est elle-même minée par les nouvelles idées.

La femme du peuple, désormais, travaille, vit au dehors, à l'atelier, à l'usine ; elle gagne un salaire personnel et se sent indépendante de son mari. La femme de la bourgeoisie reçoit une culture générale étendue, que rien n'empêche de lui être commune avec l'homme ; il serait illogique de lui conserver un rang secondaire dans la famille, dans la société.

L'enfant lui-même, dès qu'il a atteint un certain âge, est poussé par le père à se détacher de la famille. Le chef de famille s'efforce de lui inculquer, de bonne heure, l'esprit d'activité et d'initiative qui le rendront indépendant.

Tout concourt à ne laisser en présence que l'individu et

l'Etat, celui-ci agissant sur celui-là sans intermédiaire, sans entrave.



La possibilité d'une intervention facile étant garantie à l'Etat, cette intervention en faveur de l'enfant fut provoquée par des causes sentimentales, politiques et économiques.

Le sentimentalisme pénètre, chaque jour plus avant, dans tout le domaine de l'activité intellectuelle, art, littérature, droit ou sociologie. Le romantisme découvre l'Enfant, « sa grâce, sa faiblesse et les malheurs dont il peut être la victime », « il fait jaillir des sources d'émotions et de poésies encore inconnues ».

Toute une littérature se crée rapidement dont l'enfant est le héros.

La sensibilité générale, et surtout peut être la sensibilité populaire, sont remuées, attendries, secouées par le roman, le théâtre, puis par les œuvres philosophiques, morales, pédagogiques.

D'autre part les hommes politiques de notre époque ont compris la valeur que représente l'enfant. « Ils veulent en faire l'instrument docile de leurs intentions futures. Partout tant pour le bien que pour le mal, dans le but pur de l'aider, comme dans le but intéressé de se servir de lui, ils se préoccupent de lui. L'enfant est maintenant présent, il est né en tant qu'individu social, l'enfant n'est plus seulement un membre de la famille, c'est une personnalité qui a envahi le monde social (7). »

(7) MONTESSORI : *L'Enfant*.

On réclame pour lui, une sorte d'autonomie vis-à-vis de ses parents. On ne reconnaît plus guère à ceux-ci, en dehors du droit au respect, à une certaine obéissance découlant de la piété filiale, que les prérogatives nécessaires à l'accomplissement de leur devoir.

Un enfant, dit-on, n'est pas une chose dont on puisse disposer à son gré; c'est un être moral, qui, à ce titre, a des droits vis-à-vis de ceux qui lui ont donné la vie (8).

A ces diverses causes s'ajoutent les nouvelles conditions économiques et sociales, qui rendent désirables l'intervention de l'Etat au profit de tous, et spécialement de l'enfant.

La Révolution a affranchi l'individu au moins théoriquement, mais elle l'a isolé, livré à lui-même, transformant la société en une poussière d'individualités, sans liens apparents.

Or, dès 1830, à la multitude des petits ateliers corporatifs qui fonctionnaient encore au XVIII<sup>e</sup> siècle et même au début du XIX<sup>e</sup>, a succédé le régime de la grande industrie, « régime caractérisé par ces usines colossales, constituées le plus souvent sous la forme de sociétés par actions, et employant des armées d'ouvriers » (9).

La distance est immense entre le patron et la multitude des salariés; le plus souvent, d'ailleurs, le patron est un être impersonnel, une société anonyme. Dans une telle organisation, l'antagonisme entre le capital et le travail risque de s'accroître, de s'envenimer et d'aboutir à des grèves, parfois à des violences sanglantes.

Le législateur a dû se préoccuper, dans l'intérêt de la paix

(8) Cf. *Petite amie*, de BRIEUX; *Marche Nuptiale*, de BATAILLE et Louise, de CHARPENTIER.

(9) FIG : *Les lois ouvrières*, n° 12.

sociale, d'y mettre fin par une législation nettement interventionniste. Placés en présence d'une question ouvrière, de plus en plus menaçante, la plupart des Parlements ont compris que le procédé si commode de l'abstention systématique était irrévocablement condamné car il risquait de conduire l'Etat à des crises sociales redoutables.

Les faits ont été plus forts que les théories, l'interventionnisme l'a définitivement emporté (10).

L'Etat va protéger l'enfant dans la société, contre l'exploitation des hommes; dans la famille, contre la tyrannie possible du chef de famille; hors de la famille, contre la lâcheté de ses parents.

\*  
\*\*

« L'Etat chef de famille et seul chef de famille, libre de façonner à son gré l'intelligence de l'Enfant » voilà le rêve des hommes d'Etat d'aujourd'hui.

Sous leur impulsion, la pensée moderne se détache de la conception d'un groupement constitué comme celui qui a si longtemps formé la base essentielle de la Société. C'est au détriment de la famille, que les membres de celle-ci ont acquis leur indépendance.

Posant en principe que les idées d'égalité et de liberté doivent pénétrer dans tous les groupements, notamment dans la famille, le législateur estime que celle-ci doit être, « non seu-

(10) v. PIC, o. c. n° 13, 15, cf. notamment : lois 27 Mars 1841, 9 Septembre 1848, 19 Mai 1874, 2 Novembre 1892, 30 Mars 1900, 13 Juillet 1906, 23 Avril 1919, semaine de 40 heures, arbitrage obligatoire, etc...

lement une République, où chacun apporte l'appoint de sa bonne volonté, de son intelligence et de son travail, mais aussi une protectrice qui manquerait à sa fonction, si elle n'accordait à tous la facilité la plus grande pour se développer » (11).

Or, il n'en peut être ainsi lorsque l'autorité du père ou du mari s'exerce d'une façon arbitraire.

L'Etat doit donc intervenir pour protéger la femme et l'enfant dans la famille, il doit atténuer la puissance maritale, restreindre la puissance paternelle.

C'est pour protéger la femme que furent votées les lois du 9 avril 1881 sur les Caisses d'Epargne, 13 juillet 1907 sur le libre salaire de la femme mariée, 13 juillet 1907 (même loi) sur la saisie-arrêt des salaires du mari, 7 février 1924 sur le délit d'abandon de famille.

C'est en faveur de l'enfant, que fut votée une double série de lois, l'une limitant la puissance paternelle, l'autre étendant la capacité juridique de l'enfant.

Dans la première série, se classent les lois du 28 mars 1882 sur l'enseignement obligatoire, 7 décembre 1874 sur les professions ambulantes, 22 mars 1841, 19 mai 1874, 2 novembre 1892 et 30 mars 1900 sur l'emploi des enfants dans l'industrie.

La deuxième série est représentée notamment par les lois du 15 avril 1893 sur les sociétés de secours mutuel, et du 9 avril 1881 sur les caisses d'épargne.

Toute cette œuvre législative sur la protection de l'enfant dans la famille, a été enfin couronnée par la création de la déchéance de la puissance paternelle, pour le père ou la mère oublieux de ses devoirs.

(11) ROUQUET : *Evolution du droit de la famille vers l'individualisme* p. 39.

La loi du 24 juillet 1889 a organisé la déchéance générale de la puissance paternelle, ses dispositions ont été complétées par les lois des 5 avril 1898 et 15 novembre 1921, qui ont organisé, à côté de la déchéance complète, un système de déchéance partielle dont l'étendue est arbitrée par le juge dans tous les cas où la déchéance est facultative.

Le décret-loi du 30 octobre 1935, sur le contrôle de la puissance paternelle, a permis en outre aux Tribunaux de pallier à l'inexpérience et au manque de savoir-faire des parents, sans recourir aux lois précitées. Des mesures de surveillance, ou d'assistance éducative de l'enfance, pourront être prises par le Président du Tribunal qui en confiera l'exécution à des personnes privées, notamment aux assistantes sociales ou aux visiteuses de l'enfance.



A mesure que l'Etat intervient pour protéger la femme et l'enfant dans la famille, pour développer leur personnalité, il abandonne les idées des rédacteurs du Code civil et estime qu'on ne peut « s'attacher exclusivement au mariage légal et laisser de côté des situations de fait aussi importantes que celles qui naissent de la parenté naturelle » (12).

Tandis qu'il affaiblit les liens juridiques de la famille légitime, il consolide ceux de la famille naturelle. Double mouvement, qui s'explique par cette tendance de la démocratie à améliorer sans cesse la condition matérielle et morale de tous les individus, abstraction faite de toute considération de famille. « C'est par la poursuite de cette amélioration que les liens

(12) ROUQUET, o. c. p. 194.

juridiques entre époux se sont affaiblis, que les droits de puissance paternelle, jadis exclusifs, se sont peu à peu relâchés, pour laisser place à des influences extérieures bienfaisantes, que les liens juridiques de la famille naturelle se sont consolidés pour permettre à l'individu de sortir de la catégorie des déclassés où l'avait arbitrairement placé le Code de 1804 » (13)

L'ancienne conception qui faisait de la famille la base unique de la société est périmée. Exprimée encore au Sénat en ces termes : « Au-dessus des intérêts individuels de l'enfant, de la fille séduite, il y a l'intérêt de la famille, qui est un intérêt social de premier ordre, parce que la famille est la cellule sociale la base même de la société » (14), elle n'est plus celle de notre société démocratique, éprise des principes de liberté, de justice et d'égalité. » La fille séduite, l'enfant illégitime, nous paraissent aujourd'hui avoir des droits tout aussi respectables que ceux de la famille légitime. « Au théâtre, dans la presse, à la tribune du Parlement, on plaide la cause de la femme séduite et abandonnée, de l'enfant naturel. On ressent pour eux de la pitié, parfois même de la sympathie » (15).

Protection de la femme et protection de l'enfant, tel est le but de la législation et de la jurisprudence sur la famille naturelle, double tendance qui caractérise également la législation sur la famille légitime.

Les facilités croissantes données aux filles mères pour se débarrasser de leurs enfants, l'indulgence du jury pour les avortements et les infanticides, militent en faveur d'une réorganisation légale de la famille naturelle.

(13) ALVAREZ, o. c. p. 158.

(14) (Sénat), D. P. J. O. 12 Novembre 1910, p. 1736.

(15) MOUTIER, p. 188; cf les œuvres d'Alex. Dumas fils, Emile Augier, Ibsen, Paul et Victor Margueritte.

L'homme ne doit plus pouvoir abandonner impunément la femme qui lui a consacré sa vie ; celle-ci doit être protégée contre la misère qui suit l'abandon (16).

« Beaucoup d'hommes, faisant taire leur égoïsme, estiment n'avoir pas le droit de jeter au ruisseau la femme qui leur a sacrifié à la fois sa jeunesse, sa vertu (17) ».

Mais si la femme est protégée l'enfant ne doit pas l'être moins. Aussi, après avoir secouru la femme, le législateur a-t-il songé à l'enfant.

Pour ce motif, il a fini par admettre la recherche de paternité, tout au moins dans certains cas (18) et accorder la puissance paternelle aux parents naturels.

D'autre part, poursuivant un autre but : l'assimilation des enfants naturels et des enfants légitimes, le législateur a reconnu la qualité d'héritier légitime à l'enfant naturel, il lui accorde des droits successoraux beaucoup plus étendus (19).

Il accuse cette assimilation dans plusieurs lois récentes en

- (16) Application du principe de l'art. 1382 : Cass. 4 Fév. 1924, D. 1924, 1-38 ; Cass. 3 Déc. 1924, D. 1925-1-125 ; Paris 28 Avril 1925, D. H. 1925, 415 ; Cass. 20 Janv. 1925, D. 1925-1-1-177 ; Cass. 18 Mars 1925, D. H. 1925-290.

Cf. Reconnaissance à la concubine du droit de réclamer une indemnité à l'auteur de l'accident dont son amant a été victime.

Cass. 26 Février 1930, D. 1930-1-49 ; addé Aix 27 Octobre 1928, G. P. 4 Décembre ; Marseille 23 Mai 1929, 20 Juin ; Cass. crim. 9 Novembre 1928 D. 1929-1-23 ; Cass. crim. 26 Déc. 1926 D. 1927-1-73. Cf. cependant Cass. crim. 13 fév. 1937.

- (17) Validité des libéralités faites à une concubine. — Paris 5 Mai 1925 ; D. H. 1925-474 ; Tr. Mantes 13 Février 1931, G. P. 13 Avril. Libéralités motivées par le désir de réparer le préjudice causé à la femme. — Grenoble 23 Janvier 1864 D. 64-2-255 ; Aix 10 Janvier 1878 S. 78-2-211 et Rennes 7 Mars 1904 D. 1905-2-305.

- (18) Loi du 16 novembre 1912.

- (19) Loi du 25 Mars 1896.

reconnaissant aux enfants naturels les mêmes droits qu'aux enfants légitimes, sinon la même quotité (20).

\*  
\*\*

La transformation des mœurs se manifeste également en ce qui concerne l'adultère.

Avant la loi de 1884, la femme contre qui la séparation de corps était prononcée de ce chef, encourait l'emprisonnement à la requête du Ministère public.

Aujourd'hui, cette infraction n'est plus punie que par l'article 337 du Code pénal, dont les sanctions sévères sont en général réduites à quelques francs d'amende.

Qu'est-ce à dire ? sinon que l'adultère est considéré par beaucoup de personnes comme une simple atteinte au contrat conjugal, comme une cause légitime de divorce et de dommages-intérêts, mais non plus comme un délit susceptible d'être réprimé par la loi pénale. L'adultère ne crée plus un trouble social pouvant motiver une répression.

\*  
\*\*

Importance de l'idée sociale de protection de l'enfant ; personnalisation de plus en plus grande des membres de la famille

(20) Loi du 9 avril 1898, art. 3, sur les accidents de travail.

— 30 décembre 1905, art. 7, sur la Caisse de prévoyance des marins français.

— 14 Juil. 1908, art. 9, sur la Caisse des invalides de la marine.

— 14 Juil. 1913, art. 2, sur l'assistance aux familles nombreuses.

— 5 août 1914 et 28 avril 1916, (allocations journalières aux familles nécessiteuses dont le soutien est mobilisé).

— 31 mars 1919 et 14 avril 1924, sur les pensions civiles et militaires, art. 25.

légitime qui, diminuant de force, perd de son importance, droits de plus en plus nombreux reconnus à l'enfant naturel ; disparition du caractère délictueux de l'adultère qui n'est plus considéré dans les mœurs que comme une simple faute à l'égard du conjoint ; quatre éléments qui nous permettent d'affirmer que la condition de l'enfant adultérin a dû s'améliorer ou s'améliorera bientôt.

Pourquoi sa condition était-elle si misérable en 1804 ?

Parce qu'il était né hors mariage, parce qu'il était né de l'adultère. Or, d'une part, la naissance hors mariage a cessé d'être une cause de discrédit, si l'enfant naturel n'est pas assimilé à l'enfant légitime (ce qui d'ailleurs n'est pas désirable) il a obtenu des droits importants, tant au point de vue pécuniaire que pour la protection de sa personne ; d'autre part, il n'y a plus de raison pour faire une telle différence entre l'enfant naturel simple et l'enfant adultérin, puisque l'adultère n'est plus considéré comme un « crime », suscitant une réprobation sociale, mais comme une simple faute envers le conjoint. Concubinage et adultère produisent désormais un trouble social équivalent, pourquoi traiter différemment les enfants qui naissent de l'une ou de l'autre de ces unions ?

Bien plus, le législateur se préoccupe chaque jour davantage de l'enfant, de sa protection ; or, l'enfant adultérin a besoin de protection comme tout autre. Que ce soit dans la famille, ou hors d'elle, l'enfant est l'objet d'une protection attentive. Pourquoi la lui retirer lorsqu'il en a le plus besoin ?

Le statut de l'enfant adultérin s'est déjà modifié ; législation et jurisprudence sont entrées dans la voie de la protection de l'enfant adultérin. On ne parle plus d'enfant « monstrueux », l'enfant adultérin n'apparaît plus comme le « fruit honteux d'un crime ».

Le principe de l'abstention systématique à l'égard de l'enfant adultérin dont la filiation n'est pas établie paraît désormais défectueux.

L'assimilation de tous les enfants légitimes, naturels, adultérins et incestueux, est poursuivie par le législateur.

\*  
\*\*

Sans doute les modes de preuve de la filiation ne sont pas modifiés, les droits de famille, les droits pécuniaires de l'enfant adultérin restent les mêmes.

Reconnaissance et recherche judiciaire de filiation adultérine restent interdites (21), la filiation adultérine n'est prouvée que dans les cinq cas précités. La jurisprudence s'est bornée à condamner les systèmes qui donnaient quelque efficacité à une reconnaissance d'enfant adultérin (22).

Désormais, une telle reconnaissance ne produit aucun effet, ni pour, ni contre l'enfant. Ainsi, d'une part celui-ci ne peut s'en faire un titre pour réclamer des aliments à ses parents (23), et d'autre part, personne ne peut s'en servir pour faire réduire les libéralités qu'il a reçues d'eux (24).

La reconnaissance ne saurait même pas valoir comme

(21) Cf. cependant la proposition de loi déposée par M. Sembat en 1903 et portant recevabilité de l'action en recherche de paternité, même dans le cas où elle aboutirait à la constatation d'une filiation adultérine.

Cf. Loi 1<sup>er</sup> Juin 1924, art. 16, admettant la reconnaissance et la recherche de filiation adultérine en Alsace-Lorraine. (v. infra).

(22) V. Supra.

(23) Lyon, 12 Octobre 1928, La loi 22 Mars 1929.. Dijon, 23 Avril 1931, G. P. 19 Juin.

(24) Tribunal Seine, 19 Juin 1917 D. 1920, 2, 129.

acceptation de l'obligation naturelle de pourvoir aux premiers besoins de l'enfant (25).

Sans doute, la puissance paternelle, la tutelle légale, restent fermées aux parents adultérins (26).

Sans doute, les droits pécuniaires de l'enfant n'ont pas été augmentés par le législateur, et la nécessité d'être dans le besoin pour avoir droit à des aliments est désormais certaine (27).

\*  
\*\*

Mais alors que sur ces trois points : filiation, droits de famille, droits pécuniaires, le droit de 1804 a survécu, deux séries de réformes ont modifié le statut de l'enfant adultérin.

Le législateur, suivant son principe, a poursuivi l'assimilation de l'enfant légitime et de l'enfant adultérin, en permettant la légitimation de ce dernier dans des cas de plus en plus nombreux.

La jurisprudence, de son côté, a reconnu la validité de son adoption. Mais, surtout, elle a entrepris la réglementation de la condition de l'enfant adultérin dont la filiation n'est pas légalement établie. L'obtention d'aliments lui est assurée dans la mesure du possible, les libéralités qui lui sont faites sont réduites, chaque fois que les conditions voulues sont réunies,

(25) Cass. 3 Février 1927 S. 1927. 1.361

(26) Amiens, 26 Février 1857 S. 1857-1-366.

(27) Evidemment la loi du 2 Juillet 1907 a accordé la puissance paternelle aux parents sur leurs enfants naturels, elle leur a conféré la tutelle légale. Mais ses dispositions ne s'appliquent pas aux enfants adultérins. La loi ne concerne que « les enfants naturels légalement reconnus », or les travaux préparatoires de l'ancien art. 383 qui employait la même expression, se réfèrent toujours à l'enfant naturel simple. V. FENET, X. p. 521 et s. En ce sens AUBRY et RAU, 5<sup>e</sup> édit. IX p. 332 ; Contra PLANIOL, RIPERT et SAVATIER : « *Les Personnes* », n° 320 et 467, qui tire argument du silence de la loi.

dans les mêmes proportions que si elles avaient été faites à un enfant légalement adultérin.

Désormais, tout en respectant les textes, la jurisprudence tend donc à faire produire effet à la filiation prise en elle-même, indépendamment de tout mode de preuve déterminé.

Rapprochant les deux articles 340 et 342 du Code civil, les tribunaux tendent à prendre en considération l'engagement du père adultérin de pourvoir aux besoins de l'enfant.

Cet engagement n'est pas contraire à l'article 335, car il ne constitue pas une reconnaissance véritable. Le jugement qui le constate et ordonne son exécution, n'est pas non plus contraire à l'article 342, car il n'a pas pour objet direct de déclarer la filiation adultérine.

La jurisprudence annule les libéralités véritables, mais elle valide les engagements portant sur une rente alimentaire, rente qui peut d'ailleurs être remplacée par un capital équivalent (28).

Un arrêt a même décidé qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant produise un engagement formel du père adultérin pour que celui-ci lui doive des aliments. Il suffit que le père ait, en fait, servi une rente alimentaire à l'enfant pendant quelques années pour que cet engagement puisse être supposé (29).

En même temps qu'elle s'efforce d'établir une créance d'aliments au profit de l'enfant adultérin dont la filiation n'est pas établie la jurisprudence cherche à annuler les libéralités

(28) Limoges, 5 Mars 1923, G. P. 1923-2-54.

(29) Paris, 18 Février 1910, S. 1910-2-221, Contr. trib. de Lyon 27 juin 1928 S. 1929-2-103, Cf. PLANIOL, RIPERT et ROUAST, « *La Famille* », n° 825.

qui lui sont faites, libéralités autrefois valables comme adressées à des étrangers.

Comme elle ne peut le faire pour incapacité de recevoir du bénéficiaire puisque la filiation de celui-ci n'est pas réputée connue, elle l'annule au moyen du raisonnement suivant : la libéralité est faite à X..., enfant adultérin du disposant. Dès lors, de deux choses l'une, ou bien le bénéficiaire X... est véritablement l'enfant adultérin du disposant : la libéralité est alors nulle, le disposant a voulu transgresser la prohibition de la loi, et son acte a pour cause un motif illicite (art. 1131), ou bien le bénéficiaire n'est pas le fils adultérin du disposant, dans ce cas la libéralité est encore nulle pour erreur sur le motif, sur la cause de la libéralité (art. 1131).

Il est à remarquer que l'on n'a pas recherché la filiation de l'enfant pour annuler la libéralité, ce qui serait contraire à l'article 342. La libéralité a été annulée quelle que soit sa filiation véritable. C'est l'opinion que le disposant avait de sa paternité qui seule importe. C'est parce qu'il a cru, à tort ou à raison, que le bénéficiaire de sa libéralité était son fils adultérin, que celle-ci doit être annulée.

Mais, chose curieuse, la jurisprudence exige que cette opinion résulte de l'acte lui-même (30) alors que, pour annuler une libéralité adressée à une concubine, elle recherche l'opinion du disposant dans les actes extrinsèques à la donation, au testament (31).

Pourquoi cette différence. Sous prétexte que la recherche

(30) Cf. Cass, 6 Décembre 1876 D. 77-1-492 ; Pau, 16 Juin 1884 D. 85-2-254 ; Limoges 27 Février 1900 D. 1902-2-281 et Paris, 15 Mai 1925, D. H. 1926-454.

(31) Cass. 2 Janvier 1907, D. 1907-1-137.

de filiation adultérine est interdite. Mais rechercher la cause d'une libéralité, l'opinion que le disposant avait de sa paternité, ce n'est pas établir la filiation elle-même. Sinon, il faudrait déclarer que la demande en nullité d'une donation, adressée à X... « mon fils adultérin » est non recevable, comme contraire à l'article 342, puisque le demandeur en nullité déclare que la disposition doit être annulée pour avoir été faite à une personne que le disposant croyait être son fils adultérin, puisqu'il invoque l'opinion que le disposant avait de sa paternité, puisqu'il recherche ainsi, si l'on admet le prétexte invoqué par la jurisprudence, la filiation adultérine du bénéficiaire, ce qui est interdit par l'article 342.

Il n'y a pas de moyen terme. Une libéralité faite à un enfant est valable, alors même qu'il est certain, d'après une reconnaissance, un aveu sous seings-privés, une lettre, etc. que le motif de cette libéralité est la filiation adultérine de l'enfant. Pourquoi cette même libéralité devient-elle nulle, lorsque la preuve de ce motif est trouvée dans l'acte lui-même ?

Les Tribunaux ont-ils eu peur que le demandeur en nullité n'aille fouiller la vie privée du disposant, à la recherche de l'adultère ?

C'est donc la crainte du scandale qui les a conduit à imposer cette solution hybride, véritable prime à la fraude, sans utilité pour la morale publique (32).

La jurisprudence généralise le droit aux aliments, et d'autre part, voudrait généraliser l'application de l'article 908.

L'enfant adultérin existe désormais tout au moins en ce qui concerne ses droits pécuniaires, il ne constitue plus une

(32) Cf. *infra*.

abstraction, mais une troisième catégorie d'enfants, dont la condition juridique doit être réglementée.

La protection de sa personne commence à être envisagée par le législateur, en dehors de tout abandon.

Aux termes du décret-loi du 30 octobre 1935, l'enfant naturel non reconnu (33) peut faire l'objet d'une surveillance spéciale d'un délégué, nommé par le Tribunal, et chargé de veiller à ses besoins matériels et moraux. La personnalité des délégués constituant, auprès de ces enfants, une tutelle matérielle et morale de première utilité.

\*  
\*\*

Sur un autre plan, adoption et légitimation sont ouvertes désormais à l'enfant adultérin, et ne sont plus le privilège de l'enfant dont la filiation adultérine n'est pas légalement connue.

Lorsqu'il n'y a ni désaveu, ni jugement, la filiation étant inconnue aux yeux du Droit, rien ne peut empêcher l'adoption de l'enfant par ses père et mère.

Mais si la filiation adultérine est certaine, la question, discutée au début du XIX<sup>e</sup> siècle, est résolue également dans le sens de la validité depuis 1846, par la Cour de Cassation qui admet invariablement cette solution (34).

La légitimation de l'enfant adultérin a été inaugurée, dans notre législation, par la loi du 7 novembre 1907.

(33) Et, par conséquent, l'enfant adultérin dont la filiation n'est pas établie, l'enfant né et conçu pendant une séparation de fait de ses parents.

(34) Par un arrêt du 28 Avril 1841, la Cour de Cass. jugea cette adoption permise. Son arrêt fut alors enregistré comme un arrêt de principe, S. 41-1. 273. Moins de deux ans après, elle se déjugeait pour reve-

« L'article 331 (ancien), dit Loiseau, permet de légitimer des enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d'un commerce adultérin ou incestueux. Il a suffi que leur naissance ait été empoisonnée par le souffle de l'adultère pour rendre les enfants adultérins indignes de recevoir les bienfaits de la légitimation ».

La théorie de Loiseau est donc parfaitement nette : « La loi distingue les naissances pures et les naissances empoisonnées. Ceux dont la naissance est impure sont indignes du bienfait de la légitimation » (35).

La loi du 27 juillet 1884 sur le divorce et la loi de 1904 qui abroge l'article 298 du Code civil, prohibant le mariage entre l'époux adultère et son complice, ont posé la question de savoir si l'enfant adultérin devait conserver éternellement la tache de sa naissance (36) « Il a paru inacceptable que, du moment où les deux complices de l'adultère étaient désormais admis à réparer leur faute par un mariage régulier, les enfants continuassent à être privés du bénéfice de la légitimation (37) »

Le 30 novembre 1906, MM. Violette et Steeg déposaient, sur le bureau de la Chambre, une proposition de loi ouvrant la légitimation à tous les enfants adultérins. Le 18 février 1907, elle était adoptée par la Chambre. Le Sénat hésita

nir à sa première solution en 1846. Depuis lors, elle ne devait plus varier. PLANIOL I-1582. Auteurs contre la validité : TOULLIER, DEMANTE, DEMOLOMBE. Pour la validité : DURANTON, AUBRY et RAU, LAURENT, COLIN et CAPITANT, I. 318, PLANIOL, RIPERT et ROUAST, o. c. n° 1014.  
V. FENET, X 200.

(35) ED. LÉVY : *Traité pratique de la légitimation*, p. 168.

(36) La question se posait déjà avant 1904 ; l'époux adultère pouvait déjà épouser son complice après le décès du conjoint trompé, ou après le jugement de divorce rendu pour un autre motif.

(37) PLANIOL, RIPERT et ROUAST, o. c. n° 289.

devant un revirement aussi complet, revirement dont les dangers furent mis en lumière par le rapporteur, M. Chaumié, qui y voyait une consécration légale de l'état de bigamie (38). Le 24 octobre 1907, le Sénat adopte la proposition dont la portée avait été restreinte. La Chambre ayant accepté, faute de mieux, ces modifications, la légitimation des enfants adultérins est admise par la loi du 7 novembre 1907 dans deux cas seulement (39).

Encouragé par ce succès partiel et demandant la réforme d'une loi qui ne soulevait que des critiques, M. Violette réitère, le 11 novembre 1907, sa première proposition qui aboutit à la loi du 30 décembre 1915. Cette dernière loi consacre une extension notable des hypothèses où l'enfant adultérin peut être légitimé et notamment permet la légitimation des enfants adultérins désavoués par les héritiers du mari, la légitimation, dans tous les cas, des enfants adultérins du mari, s'il n'existe pas d'enfants légitimes du précédent mariage.

Une loi du 25 avril 1924 a remanié la distribution de l'article 331, sans apporter de modifications aux cas de légitimation.

Actuellement, les cas dans lesquels la légitimation est possible sont différents selon que l'enfant est adultérin a matre ou a patre.

L'enfant adultérin a matre pourra être légitimé après désaveu du mari de la mère. Si, plus tard, le mari meurt ou divorce, la femme adultère pourra légitimer son enfant en

(38) *Journal Officiel D. P.*, Sénat 20 Juin 1907, annexe 166, p. 140; Adde, Chaumié dans *D.* 1907, 4-172, col. 3.

(39) Avant 1906, dès 1895, un certain nombre de propositions avaient été déposées, en vue de permettre la légitimation des enfants adultérins sans restriction, Cf. LÉVY o. c. p. 199.

épousant le véritable père de celui-ci. Même solution, depuis la loi de 1915, lorsque le désaveu émane des héritiers du mari.

Qu'il soit adultérin par sa mère ou par son père, l'enfant pourra être également légitimé, s'il a été conçu pendant une séparation légale, conformément à l'article 878 du Code de procédure civile, de son père ou de sa mère et de leur conjoint.

Au cas de légitimation postérieure, la présomption de paternité du mari disparaît de plein droit (art. 313) (40).

Les enfants adultérins a patre ont d'ailleurs une situation encore plus favorable. Ils peuvent toujours être légitimés, à moins qu'il n'existe des enfants ou des descendants légitimes issus du mariage au cours duquel a été conçu l'enfant adultérin (art. 331-3°), sauf application du cas précédent.

Cette restriction a pour but d'empêcher le scandale qu'il y aurait à voir des enfants légitimes du même âge et de mères différentes.

Lorsque l'enfant adultérin remplit les conditions voulues pour être légitimé, il acquiert cette qualité par le mariage subséquent de ses père et mère, à la seule condition pour ses parents de le reconnaître au moment de la célébration du mariage, dans les mêmes formes que pour les enfants naturels simples.

De plus, il peut être également légitimé par jugement rendu en audience publique, après enquête et débat en Chambre du Conseil. Ce jugement devra constater que l'enfant a eu depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun.

(40) Toutefois, si cette présomption de paternité est corroborée par la possession d'état d'enfant légitime, reconnaissance et légitimation ne sont plus possibles, et si elles ont lieu, doivent être annulées, art. 330.

En résumé, voici quelle est à l'heure actuelle la condition juridique de l'enfant adultérin.

Reconnaissance et recherche de paternité adultérine sont interdites. La filiation ne sera établie que dans des cas très rares (désaveu, jugement ayant admis par erreur la preuve d'une filiation adultérine...). La majorité des enfants adultérins n'auront donc pas de filiation.

A ceux dont la filiation est établie, la loi ne reconnaît que des droits pécuniaires, elle leur donne le droit aux aliments, mais interdit toute libéralité dépassant ce taux ; elle leur ouvre l'adoption et la légitimation sous certaines conditions.

Les autres sont laissés à l'abandon, la jurisprudence s'efforce alors de leur appliquer le même statut qu'aux précédents, mais ses efforts sont limités par les textes du Code.

\*  
\*\*

Le législateur ne consent à s'intéresser à l'éducation, aux droits moraux de l'enfant, que lorsqu'il est totalement abandonné par ses parents (41).

L'enfant seul et abandonné, risque fort d'être dévoré « par cette hydre implacable, qu'est la société moderne ». Il est exposé à devenir un outil entre les mains d'individus mal-faisants. Il peut devenir ainsi, pour la Société elle-même, un danger intérieur, « il peut, par une juste revanche, faire payer à cette société qui l'aurait négligé, le prix de sa négligence » « en y devenant un élément de trouble, et de bouleversement ». La société a donc un intérêt primordial et d'autodéfense à assurer la protection des enfants délaissés.

Il appartient à l'Etat d'assurer leur sort, de créer pour

(41) Cf. toutefois le décret-loi précité du 30 octobre 1935.

eux « à la place des parents qu'ils ne connurent jamais ou qu'ils ont perdu, une paternité sociale qui exerçât tous les droits, toute la puissance de la paternité naturelle et qui en suppléât les soins, la vigilance et la protection » (42).

C'est pour répondre à cette double nécessité de défense sociale et de protection de l'enfance, que, dans tous les pays, a été créé sous des appellations diverses, mais partout avec une conception à peu près identique, ce qu'en France nous dénommons l'Assistance Publique.

En l'an VIII, après une série d'essais infructueux, le service des enfants assistés n'avait pas encore de bases solides.

Il faut arriver au 15 pluviôse an XIII pour rencontrer une réglementation capable de produire des effets durables, réglementation confirmée par le décret-loi du 19 janvier 1811, et reprise avec quelques modifications par la loi du 27 juin 1904.

Aux termes de l'article 6 de cette dernière loi, est dit pupille de l'assistance :

1° — l'enfant qui, né de père et de mère inconnus a été trouvé dans un lieu quelconque, ou porté dans un établissement dépositaire.

2° — l'enfant qui, né de père et de mère connus, en est délaissé, sans que l'on puisse recourir à eux ou à leurs ascendants.

Ces pupilles qui, pour la majeure partie, sont des enfants illégitimes, naturels, ou plus généralement adultérins ou incestueux, sont, après admission et immatriculation, immédiatement confiés à des nourrices sédentaires.

(42) Rapport de la loi du 15 pluviôse, an XIII, au Corps législatif, cité par LALLEMAND, p. 295.

L'enfant doit être ensuite, confié le plus tôt possible, à des femmes de la campagne.

Chaque nourrice reçoit une pension pour élever l'enfant jusqu'à 13 ans (43).

A cet âge, la pension est supprimée, mais les enfants sont maintenus autant que possible à la campagne. Ils ne peuvent être ramenés dans les hospices qu'en cas de maladie ou d'infirmité (44).

Les commissions hospitalières font d'ailleurs des transactions avec ceux qui se chargent de ces enfants.

Une fois immatriculé, l'enfant n'a plus de famille. Par l'abandon, ses parents ont montré qu'ils se désintéressaient de lui. La puissance paternelle leur est enlevée.

L'enfant se trouve donc en tutelle. Celle-ci, ouverte à la suite de l'abandon de sa personne, est exercée par des agents administratifs.

Les attributions du Conseil de familles sont exercées par la commission de sept membres nommés par le Conseil Général (45), la tutelle, par le préfet ou son délégué, l'inspecteur départemental de l'assistance publique.

\*  
\*\*

Enfin, nous trouvons une réglementation complète, qui porte tant sur la personne que sur les biens, et qui vise à la protection et au développement de l'enfant.

Pourquoi donc faut-il que l'enfant adultérin soit réduit

(43) Département de la Seine :

90 fr. par mois pour une nourrice au sein,

75 fr. par mois pour une nourrice au biberon.

(44) Décret-loi du 19 Janvier 1811, art. 17 et 20.

(45) Loi du 27 Juin 1904, art. 12.

à la dernière misère, qu'il ait été abandonné, pour que le législateur daigne enfin songer à lui ?

Tant qu'ils n'ont pas été confiés à l'hospice et qu'ils vivent soit près des jupons de leur mère, soit avec des étrangers, soit avec des frères ou des sœurs dans une grande ville, dans une cité ouvrière, la loi ne s'occupe pas d'eux. Ils sont à moitié abandonnés ; pas assez pour que la police intervienne, suffisamment pour courir les plus graves dangers au point de vue moral et même physique.

Ils ont besoin d'une protection et, dans l'état actuel de la législation, ils n'en jouissent pas !

---

LIVRE III

# LES RÉFORMES

---



## CHAPITRE PREMIER

### Nécessité de ces réformes

---

Nous avons déjà montré que la condition de l'enfant adultérin est en voie de transformation. Nous avons recherché les différents facteurs de cette évolution, les résultats déjà obtenus.

Nous voulons montrer, maintenant, pourquoi il faut poursuivre cette évolution.

La condition juridique de l'enfant adultérin doit être modifiée, elle doit être améliorée. Elle le sera, toute son histoire est là pour nous le démontrer. L'intérêt de la société, l'inexactitude des objections soulevées, la tendance nationale et internationale en faveur de l'enfant, tout nous achemine vers une réforme du statut de l'enfant adultérin.

■  
\* \*

L'aperçu historique, dont nous avons fait précéder l'exposé du droit actuel, nous permet de conclure à des réformes.

Nous avons pu observer que, sous l'effet du développement de la richesse mobilière, de la colonisation, de la civilisation, la situation exclusive de la famille légitime disparaissait, son étendue se restreignait, la condition de l'enfant illégitime s'améliorait d'une façon continue.

L'histoire du bâtard grec nous a conduit jusqu'au II<sup>e</sup> siècle avant J.-C. Brusquement arrêtée dans son évolution par la conquête romaine, la condition de l'enfant illégitime, s'exprime alors ainsi : droit de tutelle de la cité, droit de recherche de la filiation adultérine, droit alimentaire, refus de tout droit de succession.

Le statut de l'enfant illégitime à Rome suit la même progression. Privé d'abord de tout droit, il est placé sous la protection de la cité au II<sup>e</sup> siècle avant J.-C., celle-ci organise la tutelle de l'enfant sans famille. L'Empire lui accorde un droit alimentaire, et la possibilité de rechercher ses parents. Au II<sup>e</sup> siècle après J.-C. il acquiert un droit de succession sur les biens de sa mère.

Au IV<sup>e</sup> siècle, brusque retour en arrière. L'apogée de cette législation, rétrograde en ce qui concerne l'enfant illégitime, est atteinte au VI<sup>e</sup> siècle avec la Nouvelle 89.

Le triomphe du Christianisme entraîne celui de sa doctrine, l'immixtion de ses principes dans la législation. La grandeur du mariage est célébrée, les enfants illégitimes sont condamnés.

D'autre part, l'esprit, plus subtil, fait une distinction entre les enfants illégitimes, et les classe désormais en enfants naturels, adultérins ou incestueux. Au VI<sup>e</sup> siècle, ces derniers n'ont même plus le droit aux aliments.

Puis la marche en avant reprend. Le christianisme, l'état politique et social du XI<sup>e</sup> siècle, avait de nouveau englobé enfants naturels et enfants adultérins dans la même proscription. Ils sont des bâtards, ils sont des serfs.

Au cours des siècles qui suivent, leur condition devient

meilleure. Sans doute, le Christianisme tout puissant a fait réapparaître la distinction entre enfants naturels et enfants adultérins; mais il reconnaît à ces derniers un droit alimentaire, la faculté de rechercher leur père et mère. La législation civile adopte cette règle. Le pouvoir royal, prend, comme la cité ancienne, l'enfant sous sa protection, et ses tribunaux déterminent auquel de ses père ou mère ils doivent en confier la garde et l'éducation. Parfois même, ils ne les agréent pas, et confient l'enfant à une maison d'éducation.

La législation révolutionnaire voulut précipiter l'évolution du droit. La réforme était prématurée et peut-être dangereuse.

L'enfant adultérin se voit accorder des droits importants. Il a la même qualité que l'enfant légitime ou l'enfant naturel, seule une différence de quotité existe entre les droits qui leur sont reconnus. Ces mêmes principes qui avaient déterminé son assimilation à l'enfant légitime, entraînent d'ailleurs le refus de toute action en recherche de paternité.

Une telle législation devait renaître un siècle et demi plus tard, elle devait engendrer les mêmes désordres, le même péril pour l'enfance.

Les excès de la Révolution firent tant d'impressions sur les auteurs du Code civil qu'une législation sévèrement réactionnaire fut consacrée par le Code.

Comme au IV<sup>e</sup> siècle, comme au X<sup>e</sup> siècle, l'évolution du statut de l'enfant adultérin s'interrompt. Un retour en arrière est opéré.

Le Code civil constitue une nouvelle base de départ, et,

surtout depuis le début de ce siècle, nous assistons à une nouvelle progression.

La Grèce, Rome, l'Ancien droit, ont reconnu à l'enfant adultérin le droit à la protection de sa personne, à une tutelle de l'Etat, à des aliments de ses parents.

Nous montrerons-nous, sous prétexte de civilisation, plus arriérés ?

Et si nous leur reconnaissons ces droits, ne faut-il pas les rendre effectifs ?

A quoi sert une tutelle, si elle n'est que nominale, des aliments si les bénéficiaires ne peuvent les réclamer ?

\* \*

« Le législateur doit créer pour les enfants illégitimes, les mêmes conditions de développement physique, moral et social, que pour les enfants légitimes » (1).

L'intérêt de l'Etat est en jeu. On se plaint de la crise de la natalité, de la dépopulation, et d'importants efforts ont été faits pour réduire la mortalité infantile. Il est unanimement reconnu que les soins à donner à l'enfant, au moins pendant sa première jeunesse, sont trop souvent pour lui une question de vie ou de mort. Dans ce but, le législateur moderne a voté de nombreuses lois destinées à aider la mère, pendant la grossesse, au moment de la délivrance, pendant l'allaitement. Quelle qu'elle soit, que son enfant soit légitime ou non, naturel ou adultérin, la protection de la loi lui est assurée.

Pourquoi, dès lors, abandonner son enfant dès qu'il a vécu quelques mois ?

Tout enfant légitime, tout enfant naturel, est rattaché à

(1) *Constitution de Weimar*, art. 121.

une personne qui sera tenue de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever.

Pour qu'elle puisse mener cette tâche à bonne fin, la loi lui donne sur l'enfant des droits que l'on appellera, suivant les cas, droits de tutelle, de puissance paternelle.

Le législateur prend de multiples précautions pour s'assurer que ces droits ne seront pas détournés de leur but et ne serviront pas à opprimer l'enfant au lieu de le protéger.

Et il ne fait rien pour ceux qui sont les plus déshérités, pour ceux qui ont le plus besoin de protection ; « soit par suite de leur faiblesse toute spéciale et de leur plus grand besoin de soins pour arriver à vivre, faiblesse et besoins attestés par leur mortinatalité et leur mortalité ; soit par suite de l'insuffisance, et parfois de l'hostilité de leurs parents, insuffisance et hostilité démontrées surtout par la criminalité de l'enfant illégitime et les infanticides dont il est la victime » (2). Il ne fait rien pour « ces innocentes victimes de l'égoïsme humain, qui sut prendre le plaisir et ne veut pas accepter les devoirs » (3).

Le législateur veut sauver l'enfant, et pour cela il ordonne à la mère un repos forcé, il lui accorde des secours, mais il ne lui permet pas de demander à son partenaire de subvenir à ses besoins, il lui refuse des aliments pour son enfant.

Alors s'il n'est pas abandonné, l'enfant vivra dans la misère. Ce seront ces enfants qui, plus tard, dépourvus d'un entretien et d'une éducation suffisante, rempliront les prisons,

(2) TRAVERS : *De la puissance paternelle et de la tutelle des enfants naturels*, p. 21. Ce texte, écrit pour les enfants naturels, s'applique à plus forte raison aux enfants adultérins dont les conditions de vie et le statut juridique sont très inférieurs.

(3) COLIN : *La famille dans la législation italienne*, p. 46.

les asiles des pauvres, les hôpitaux (4). Ce seront eux qui donneront, en proportion, un plus grand pourcentage des ouvriers sans apprentissage, des incapables au service militaire, d'éléments qui créent à l'Etat, de plus en plus, de nouvelles charges et de nouvelles difficultés (5).

Ne serait-il pas moins coûteux à la Société de permettre la recherche de paternité adultérine, d'obliger le père à se souvenir qu'il a un enfant et qu'il n'a pas le droit d'en faire un criminel ?

Ne devrait-elle pas songer que le nouveau-né va grandir et qu'il faut le protéger, aussi bien à sa naissance que pendant toute sa minorité ? qu'il a besoin d'un tuteur, comme l'enfant légitime ?



N'y a-t-il pas là, outre un intérêt social de premier ordre, une question de justice et d'humanité ?

« On ne niera point que tout enfant ait des droits par le fait de sa naissance, droit aux aliments, droit à l'éducation » (6).

Dans une conception mieux comprise d'humanité et de responsabilité la rigueur de la législation à l'égard des enfants adultérins doit s'atténuer. Ces enfants ne sont pas coupables, leur condition ne dépend pas d'eux ; il est du devoir de l'Etat de les protéger.

(4) Cf. *Statistiques des enfants assistés et moralement abandonnés*, publiées : 1° par le Ministère de l'Intérieur ; 2° par l'Annuaire statistique de la Ville de Paris.

(5) *Les droits de l'enfant*, p. 47.

(6) LAURENT : *Avant-projet*, art. 790, 2°.

Mais pourquoi le législateur n'a-t-il pas cru devoir leur venir en aide ?

Afin de favoriser le mariage, diminuer les naissances illégitimes, écarter de l'adultère l'épouse qui faiblit, par la crainte du sort misérable qui attend l'enfant qui pourra naître.

Noble but ! S'il est atteint, le sacrifice des enfants se justifie peut-être. Moins d'enfants illégitimes, le mariage en grand honneur, la pureté des mœurs, valent bien le sacrifice de quelques individualités.

Mais le but est-il atteint ?

Le nombre des enfants illégitimes augmente, les adultères et les divorces sont de plus en plus fréquents, les mœurs se relâchent.

L'expérience a prouvé que ce n'était pas en refusant aux enfants naturels des droits de succession, que l'on diminuerait le nombre des unions libres. La loi de 1896 a supprimé « une cruauté sans utilité » (7).

L'expérience de même a prouvé que ce n'est pas en refusant aux enfants adultérins le droit aux aliments que l'on diminuerait le nombre des adultères. « Ceux qui ne reculent pas devant la honte de l'adultère, ne songent guère aux enfants qui devront le jour à leur impureté » (8).

Les passions n'écoutent pas la voix de la loi. Quelque sévère qu'elle soit, la morale légale n'a aucune influence sur la moralité publique. Il n'y a qu'un seul moyen de fortifier les bonnes mœurs, c'est l'éducation. Est-il juste, dès lors, d'avoir comme actuellement « tant d'indulgence pour l'adultère et

(7) VALLIER, p. 422.

(8) LAURENT : *Principes*, p. 437.

de priver cruellement les enfants de l'adultère de tout droit » (9).

Les Allemands ont bien compris que le meilleur moyen d'endiguer l'immoralité, c'était de moins assurer l'irresponsabilité masculine, trop bien protégée chez nous. Et ils ont satisfait au vœu de la justice en infligeant une lourde obligation pécuniaire « à celui qui a donné le droit de soupçonner, sinon d'affirmer qu'il est le père de l'enfant illégitime » (10).

Mais si la privation de droit, en elle-même, ne produit aucun avantage social, n'est-il pas à craindre qu'en accordant des droits à l'enfant adultérin, on ne nuise à la famille légitime ?

De nombreuses voix s'élèvent, réclamant protection. Soit !

Mais les dispositions protectrices de la famille doivent être positives. Ce n'est pas en faisant le désert autour d'elle qu'on la rehaussera, que l'on protégera plus efficacement ses membres. Protection de la famille légitime ne veut pas dire condamnation de tous ceux qui n'en sont pas issus.

Puisque l'on invoque cet argument, encore faut-il que les dispositions dont on demande le rejet soient contraires à cette protection. L'interdiction de la reconnaissance ou de la recherche judiciaire de filiation pendant le mariage, le refus d'un droit de succession à l'enfant adultérin en concours avec des membres de la famille légitime, sont des mesures protectrices.

Mais la famille légitime actuelle, celle que l'on veut pro-

(9) LAURENT : *Avant-projet*, art. 790, 5°.

(10) TASSART, *o. c.* p. 182.

téger, ce n'est plus le groupe des anciens âges, le groupe dont la force et l'étendue déterminaient les droits de ses membres ; c'est la famille conjugale, l'organisme nécessaire à la bonne éducation des enfants, à leur entretien. Un tel organisme ne comprend plus que le père, la mère, et les enfants légitimes.

Dès lors, l'enfant adultérin ne doit perdre ses droits qu'en présence de ces personnes. L'Etat n'a aucun intérêt... puisque c'est le seul intérêt social que l'on invoque — à préférer un ascendant éloigné, un collatéral quelconque à l'enfant adultérin. La famille conjugale n'en subira aucune atteinte.

En quoi souffrira-t-elle d'une action alimentaire dirigée par un enfant adultérin contre l'un des époux, alors que l'on considère comme inoffensive une telle action exercée par un enfant naturel, un enfant adultérin dont la filiation est légalement établie.

Au nom de quel intérêt froissé, pourrait-elle critiquer l'organisation d'une tutelle dative au profit de l'enfant adultérin, tutelle destinée à protéger sa personne, et à l'éloigner de l'emprise du mal.

Les diverses mesures concernant l'enfant adultérin ont été prises au nom de grands principes. Leur application s'est révélée inefficace à sauvegarder les bonnes mœurs ; mais combien étaient-elles critiquables même en supposant leur efficacité !

Toute reconnaissance ou recherche de paternité est interdite, on veut éviter que les parents n'avouent un crime ; une telle reconnaissance est déclarée nulle.

Mais, si un père reconnaît par acte authentique son enfant adultérin, la reconnaissance est nulle sans doute, mais l'aveu n'en subsiste pas moins, l'enfant aura malgré la loi,

une filiation de fait, une filiation adultérine aura été avouée (11).

Le législateur accorde des aliments aux enfants nés de l'adultère ; il veut leur permettre de vivre, il recule devant la barbarie de Justinien. C'est sans doute un droit sérieux qu'il veut leur donner. « S'il veut la fin, il veut les moyens. Si les enfants adultérins ont des droits, il faut que leur état puisse être légalement constaté, donc la loi doit permettre aux parents de les reconnaître, elle doit étendre à tous les enfants illégitimes, quel que soit le vice de leur conception, le système de preuve qu'elle admet pour la filiation naturelle » (11<sup>1</sup>). Hélas ! non. Elle n'admet la preuve de la filiation que dans des cas très rares ; ne permettant la recherche d'aliments qu'à un pourcentage extrêmement faible d'enfants adultérins.

A l'enfant dont la filiation adultérine est légalement établie, la loi ne reconnaît que des aliments (art. 762). Toute libéralité, à lui faite par ses père et mère et dépassant ce taux, est déclarée réductible. Le législateur aurait voulu que l'enfant adultérin n'ait aucun droit ; toutefois, dans un mouvement de pitié, il lui accorde le droit aux aliments, mais il n'aura rien d'autre. Il ne faut pas qu'aux yeux du monde un enfant adultérin puisse être gratifié, l'opprobre doit être total.

Mais un père ayant reconnu son enfant adultérin, ayant publié ainsi sa paternité adultérine, l'institue peu après légataire universel. On ne pourra opposer à l'enfant qu'il est un bâtard adultérin, car légalement il ne l'est pas. « Voilà un beau profit pour la morale » (12).

Et il y a mille moyens d'éluder les prohibitions de la loi

(11) LAURENT IV, 235.

(11<sup>1</sup>) LAURENT : *Avant-projet* art. 331, 10°.

(12) LAURENT : *Avant-projet* art. 331, 9°.

dont les parents coupables ne manquent pas d'user. « A quoi aboutit donc les rigueurs du Code ? A frauder la loi sans profit aucun pour la moralité ! » (13).

Ne serait-il pas plus simple et plus moral tout ensemble, de poser comme principe que tout aveu de paternité adultérine vicie la libéralité ? N'est-il pas de toute évidence que le père qui commence par reconnaître l'enfant, et qui ensuite lui donne ses biens, ne lui fait cette libéralité que parce qu'il est son enfant.

\*  
\*\*

D'ailleurs, il n'est plus question de maintenir ces anciennes prohibitions, œuvre d'une époque révolue, où l'individu ne comptait pas, où la famille légitime seule était organisée par l'Etat qui ne s'occupait guère de l'enfance.

Par suite d'une transformation complète de l'organisation économique et sociale du pays, les mœurs ont changé (14); la jurisprudence s'est modifiée, la législation évoluée.

Un grand souffle de pitié pour l'enfant passe sur tous les pays.

En France, la bienfaisance publique et privée a organisé une grande quantité d'établissements tels que crèches, écoles maternelles, qui viennent décharger la mère des premiers soins à donner à l'enfant. Des sociétés nombreuses se sont créées pour la protection de l'enfant (15). De multiples textes législatifs de droit pénal, droit scolaire, droit industriel sur

(13) LAURENT, : *Principes* IX, § 141-Cp. IV, § 233.

(14) Voir Supra.

(15) V. liste de ces principales sociétés dans BOURDEILLETTE : *Lois protectrices de l'enfance*, p. 427-428.

les allocations familiales, les primes de naissance et d'allaitement, les secours aux nouveau-nés et aux femmes en couches, montrent le souci du législateur en faveur de l'enfant.

En Italie, la loi du 10 décembre 1925 a organisé l'Œuvre nationale pour la protection de l'enfance et de la maternité. Les projets fascistes, considérant que les règles actuelles de la tutelle sont insuffisantes pour réaliser la protection que l'Etat doit à l'enfant, proposent une transformation de la tutelle (16). « Il faut s'écarter de la rigueur injustifiée, imprudente et même brutale de notre loi » est-il déclaré en 1923, au Parlement italien (17).

En Belgique, la loi du 5 septembre 1919 institue l'Œuvre nationale de l'enfance.

En Allemagne, la Constitution de Weimar pose le principe suivant : « Le législateur doit créer pour les enfants illégitimes les mêmes conditions de développement physique, moral et social que pour les enfants légitimes ».

La question de l'enfant est posée sur le plan international.

Le II<sup>e</sup> Congrès international pour la protection de l'enfance, tenu à Bruxelles les 18-21 juillet 1921, décide la fondation d'une Association internationale pour la protection de l'enfance.

Une Commission consultative pour la protection de l'enfance est créée au sein de la Société des Nations, dans le cadre de la Section sociale, et en 1929, la Commission déclare qu'à son avis, dans toutes les questions de protection et d'assistance, l'enfant illégitime doit être aussi bien traité que

(16) GOLIN : *Thèse précitée*, p. 263.

(17) Att. parl. 1923, leg. XXVIII, doc. n. 2013-A.

l'enfant légitime, sous réserve du respect du droit de la famille (18).

Les organes dirigeants de l'Union Internationale du secours aux enfants formulent, le 28 février 1924, la Déclaration des Droits de l'enfant, dite « Déclaration de Genève » déclaration approuvée par la cinquième assemblée de la Société des Nations :

« 1° — L'enfant doit être mis en mesure de se développer d'une façon normale, matériellement et spirituellement.

« 2° — L'enfant qui a faim doit être nourri, l'enfant malade doit être soigné, l'enfant arriéré doit être encouragé, l'enfant dévoyé doit être ramené, l'orphelin et l'abandonné doivent être recueillis et secourus.

« 3° — L'enfant doit être le premier à recevoir du secours en temps de détresse.

« 4° — L'enfant doit être mis en mesure de gagner sa vie, et doit être protégé contre toute exploitation.

« 5° — L'enfant doit être élevé dans le sentiment que ses meilleures qualités devront être mises au service de ses frères. »

Il est désormais certain que, quelle que soit sa filiation, l'enfant doit être protégé, doit avoir les mêmes droits que l'enfant légitime, sous réserve de la protection de la famille.

Il est, hélas, non moins certain que la législation française est loin d'avoir organisé cette protection.

Il faut donc réaliser les réformes nécessaires, il faut désormais protéger l'enfant illégitime, l'enfant adultérin.

(18) Sur l'œuvre de la S. D. N. en ce qui concerne la protection de l'enfance, cf. REVEST (thèse 1936).

Mais est-ce donc si difficile, y a-t-il là autre chose qu'une routine cruelle et dangereuse ?

Pourquoi le législateur français admet-il, alors, la reconnaissance et la recherche de filiation adultérine, dans nos départements recouvrés.

Il faut tout de même croire que cette mesure n'était pas si dangereuse pour l'Etat et pour la famille, car il n'avait pas l'intention de faire de l'Alsace-Lorraine un foyer de désordre.

En 1919, l'Alsace-Lorraine était recouvrée. Or, depuis le début du siècle le Code civil français n'était plus appliqué dans ces départements. La Loi d'Introduction, réglant les rapports entre le Code Civil allemand et les lois des Etats Confédérés, avait prononcé l'abrogation de toutes dispositions locales contraires à ses dispositions. La loi du 29 Novembre 1899 abrogeait expressément le Code civil français. La loi allemande seule était en vigueur.

Après la Grande Guerre, il a paru nécessaire de maintenir dans ces départements les institutions qui présentaient, par rapport aux règles correspondantes de notre loi, une supériorité manifeste. « Il ne pouvait être question, a dit M. Barthou (19), d'en priver brutalement les départements recouvrés. Il fallait les conserver, en les adaptant à l'ensemble du Code civil introduit, pour voir si, dans un avenir prochain la législation française pourra s'en inspirer. »

Une des matières pour lesquelles le législateur a le plus maintenu le droit local a été la protection des enfants adultérins.

Le souci de la protection de l'enfance s'accuse en Alsace-

(19) Projet de loi-présenté par M. Barthou, le 9 Mai 1922, *J. O.* 6 Juillet 1922 D. P. Chambre, annexe 4038, p. 577.

Lorraine par la possibilité d'établir la filiation adultérine et de réclamer des aliments, par l'organisation de la tutelle. Par contre, la légitimation de l'enfant adultérin est régie par l'article 331 du Code civil français et ne présente donc pas de particularité.

« Notre Code civil sacrifie complètement les enfants adultérins et incestueux, en interdisant la constatation de leur filiation. Le droit local ne fait pas de différence entre eux et les autres enfants naturels. Il a semblé que c'était la tendance du droit français moderne, tendance manifestée par la loi du 30 décembre 1915, qui a permis la légitimation des enfants adultérins. »

La loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 a donc déclaré les articles 335 et 342 du Code civil français inapplicables (20)

La preuve de la filiation adultérine est désormais permise (21) et régie par les mêmes règles de fond et de forme que la preuve de la filiation naturelle (22).

(20) Loi du 1<sup>er</sup> juin 1924, art. 16, « les art. 335 et 342 du Code Civil français ne sont pas applicables, mais la constatation de la filiation adultérine ou incestueuse n'a, à l'égard du père comme de la mère, que les effets alimentaires définis aux articles 1708 et suivants du Code Civil allemand ».

(21) Ces règles ne s'appliquent qu'aux enfants de statut personnel local, puisque la loi de 1921 (art. 8, al. 2) soumet les preuves de la filiation à la loi de l'enfant, c'est-à-dire :

- a) aux enfants nés en Alsace-Lorraine de parents inconnus ;
- b) aux enfants en quelque lieu qu'ils soient nés, dont la filiation a été établie à l'égard d'un parent de statut personnel local, puisque l'enfant naturel comme l'enfant légitime suit le statut de ses parents.

NIBOYET : *Revue droit international privé*, 1922-1923, p. 398, cité par GROLLEMUND.

Cf. Colmar, 22 Mars 1927 D. H. 1927, 325.

(22) Instruction ministérielle du 18 Février 1924, B. O. d'Alsace-Lorraine 5 Janvier 1925, p. 5,

La reconnaissance de paternité ou de maternité adultérine est régie par les mêmes règles que la reconnaissance d'un enfant naturel.

La recherche judiciaire présente seule quelques particularités.

Les règles de preuve de la maternité adultérine sont différentes, suivant que l'enfant est né avant ou après le 1<sup>er</sup> janvier 1925.

Dans le premier cas, il continue à bénéficier, quant aux modes de preuve de sa filiation, du droit allemand (23). Il devra donc établir l'accouchement de la mère et son identité avec l'enfant mis au monde ; et normalement fera cette preuve par la production de l'acte de naissance (art. 1705 C. civ. allemand).

L'enfant né postérieurement au 1<sup>er</sup> janvier 1925 est au contraire régi, quant à la preuve de sa filiation, par la loi française. Il devra donc établir l'accouchement de la mère, ordinairement par l'acte de naissance, et son identité avec l'enfant ; mais ici la loi française (art. 341) exige un commencement de preuve par écrit, l'acte de naissance n'est donc plus suffisant.

La recherche de paternité adultérine intentée depuis le 1<sup>er</sup> juin 1925 (24) ne peut l'être que dans les cas et selon les preuves de la loi du 16 novembre 1912, c'est-à-dire au cas d'enlèvement ou de viol, de séduction dolosive, aveu écrit de paternité, concubinage notoire, entretien et éducation du mineur. Elle est repoussée par les mêmes fins de non-recevoir que l'action en recherche de paternité naturelle,

(23) Loi du 1<sup>er</sup> Juin 1924, art. 124.

(24) Intentée avant cette date, elle reste régie par le droit allemand, beaucoup plus large que le droit français, dans ses conditions d'exercice.

Elle sera enfin intentée par le représentant légal de l'enfant adultérin, par son tuteur datif.

Le législateur français a donc admis la possibilité d'établir une filiation adultérine. Il a maintenu sur ce point le droit allemand. Par contre, la filiation ne produit plus les mêmes effets.

Alors que le législateur allemand ne fait aucune distinction entre les enfants naturels et les enfants adultérins, que pour lui la preuve de la filiation est la même et entraîne les mêmes effets ; c'est-à-dire, relativement à la mère : droit de puissance paternelle, droit de succession, obligation alimentaire ; relativement au père : créance alimentaire ; le législateur français décide que l'enfant adultérin n'aura droit qu'à des aliments, conformément aux articles 1708 et suivants du Code civil allemand (25).

La mère n'a plus la puissance paternelle sur son enfant adultérin, ils n'ont plus de droit de succession réciproque, sauf application de l'art. 762 Code civil français.

Le père et son enfant adultérin sont des étrangers, comme en droit allemand le père et son enfant naturel.

« Hors le droit alimentaire, la filiation adultérine ne produira pas d'effets, l'enfant sera sans famille, n'en acquerra une que s'il vient à être légitimé (26).

Le père et la mère ne sont donc tenus que d'une obligation alimentaire, et celle de la mère n'est que subsidiaire. Le père est tenu d'assurer à son enfant, jusqu'à ce qu'il ait atteint sa seizième année, un entretien conforme à la condition sociale de la mère. L'entretien comprend l'ensemble des besoins de la

(25) Loi 1<sup>er</sup> Juin 1924, art. 16.

(26) GROLLEMUND : *La protection de l'enfant mineur dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle*. Thèse Dijon 1933.

vie, comme aussi les frais d'éducation et de préparation à une carrière. Si l'enfant, à l'époque où il accomplit sa seizième année, est, par suite d'infirmité physique ou intellectuelle, hors d'état de subvenir à ses besoins personnels, le père est tenu, même au-delà de cette époque, de pourvoir à son entretien. L'indigence du père, sa défaillance, met l'obligation alimentaire à la charge de la mère.

A la mort du débiteur, cette obligation passe sous certaines modalités à ses héritiers (art. 1712 Code civil allemand).

L'entretien de l'enfant adultérin est assuré par les dispositions précédentes, il est pourvu à son éducation physique et morale par la tutelle.

La loi du 1<sup>er</sup> juin 1924 a décidé (art. 20) le maintien du droit local en ce qui concerne les causes d'ouverture, l'organisation et le fonctionnement de la tutelle des enfants légitimes mineurs. Elle a étendu ces mêmes règles à l'administration des biens de l'enfant naturel reconnu, ainsi qu'à la tutelle de l'enfant illégitime non soumis à la puissance paternelle.

L'enfant adultérin, dont les parents ne peuvent avoir la puissance paternelle, est mis en tutelle dès sa naissance, en vertu de l'art. 1773, § 2 du Code civil allemand.

Sa tutelle comprend deux organes, le tuteur et le tribunal de tutelle, ce dernier assisté du Conseil communal des orphelins.

Le tuteur, tuteur datif, est choisi et nommé par le Tribunal de tutelle après avis du Conseil communal des orphelins, et si le Tribunal de tutelle ne voit aucune personne apte à remplir sa fonction, il désignera le tuteur général (27).

(27) En Allemagne, la dévolution de la tutelle est quelque peu différente depuis la loi du 9 Juillet 1922, sur la protection de la jeunesse. Cette

Le tuteur a sur la personne et les biens du mineur des pouvoirs analogues à ceux reconnus au détenteur de la puissance paternelle, mais il est sous l'étroite surveillance du juge des tutelles.

Celui-ci « nomme, dirige, surveille et ne s'en remet pas à une demi-douzaine de personnes pour prendre les décisions et les responsabilités nécessaires » (28). Averti par les officiers de l'Etat-civil, les greffiers, les conseils communaux des orphelins, de l'ouverture d'une tutelle, il procède à la désignation du tuteur.

Il surveille ensuite le fonctionnement de la tutelle, et si le pupille n'est pas à la tête d'un gros patrimoine, apprécie, s'il y a lieu à nomination d'un subrogé-tuteur.

Il donne son approbation au tuteur pour passer les contrats d'apprentissage, de louage de service, ou de travail, liant le pupille pour plus d'une année.

Il conserve enfin la haute main sur la tutelle et peut, même sans faute du tuteur, lui ôter la garde de l'enfant.

Il est assisté dans sa mission par le Conseil communal des orphelins.

Chaque commune est dotée d'un de ces Conseils, les membres en sont élus parmi les habitants de la commune par

loi a créé des offices communaux pour la jeunesse, dont la surveillance et la direction sont assurées par des offices régionaux. Un office central, en liaison avec le Conseil d'assistance à la jeunesse, installé au Ministère de l'Intérieur du Reich, trace la voie aux offices régionaux.

L'office communal, pourvu de nombreuses attributions relatives à la protection de la jeunesse, prend d'office la tutelle de tout enfant naturel à sa naissance, et ne s'en dessaisit que lorsque le tribunal sur sa demande, ou après son avis, a nommé un tuteur individuel.

Cf. GROLLEMUND o. c. p. 244.

(28) GROLLEMUND, o. c. p. 271.

le Conseil municipal, après approbation du juge des tutelles.

Il peut être rendu permanent, moyennant approbation ministérielle. Ses membres sont alors des fonctionnaires communaux rétribués (29).

Ces conseils sont les bureaux de renseignements auxquels tout tribunal de tutelle peut s'adresser. Ils lui indiquent en connaissance de cause, les personnes aptes, dans chaque cas particulier, à assurer les fonctions de tuteur. Ils sont chargés de veiller de façon constante aux soins que les tuteurs doivent prendre de la personne de leurs pupilles et indiquent au Tribunal les manquements qu'ils constatent.

La protection de la personne de l'enfant adultérin est donc très sérieusement organisée en Alsace-Lorraine. Sans doute cette organisation n'est-elle pas exempte de critiques. Aucun droit n'est reconnu à l'enfant, autre qu'une créance alimentaire. D'autre part, sa légitimation est régie, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1925, par l'art. 331 du Code civil français. Or, nous verrons que sur ces deux points des réformes sont désirables.

Néanmoins, cette législation a le grand mérite, d'une part de permettre la recherche de filiation adultérine et de rendre ainsi efficace le droit alimentaire de l'enfant, d'autre part d'organiser une tutelle vraiment protectrice de l'enfant sans famille.

Il faut suivre son exemple.

\*  
\*  
\*

Le législateur demeure impassible ! Qu'il prenne garde au danger de cette abstention systématique.

(29) A Metz, Colmar, Strasbourg, Mulhouse, les conseils communaux sont remplacés par des organismes spéciaux. Cf. GROLLEMUND o. c. p. 207.

Si l'on veut éviter l'application de l'idéal socialiste, la disparition de la famille, l'assimilation des divers enfants, il faut, en accordant les droits essentiels de protection et d'aliments aux enfants adultérins, ôter tout argument à ceux qui demandent l'égalité de tous les enfants.

Jusqu'ici, grâce au défaut de protection dont bénéficiaient les enfants adultérins, les socialistes ont pu faire passer leurs projets sur la légitimation de ces enfants. Désireux de venir en aide à ces déshérités, beaucoup de parlementaires les ont voté, désespérant de ne pouvoir faire mieux et autrement.

Réglementer franchement la condition de l'enfant adultérin, le protéger tout en réservant le droit de la famille légitime ce sera satisfaire la majorité de l'opinion ; ce sera enlever aux projets socialistes les voix réfléchies de ceux qui veulent le vrai bonheur de l'enfant, la sauvegarde de la famille légitime.

Que veulent en effet les socialistes ? Faire de l'union de l'homme et de la femme un contrat privé, sans intervention d'aucun fonctionnaire quelconque. « La satisfaction de l'instinct sexuel est chose aussi personnelle à tout individu que la satisfaction de tout autre instinct » (30) . « Les rapports sexuels basés sur le désir mutuel, seront aussi durables et et aussi variés que le désir qui les provoque » (30<sup>1</sup>).

Dès lors, que deviennent la famille et l'enfant ?

La famille n'existe plus. « L'idéal socialiste — déclare Jules Guesde — réduira la famille dans l'espace à la femme et à l'enfant, et dans le temps à la période de l'allaitement » .

Toute distinction entre les enfants est supprimée. Mais,

(30) BEBEL : *La Femme et le socialisme*.

(30) DEVILLE : *Aperçu sur le socialisme scientifique* — en tête du « *Capital* » de Karl Marx.

comme il n'y a plus de famille, l'enfant devient indésirable, il est une gêne à la liberté de ses parents. On pourra donc s'en débarrasser d'avance, et la liberté de l'avortement devient un principe.

Si l'enfant, malgré tout, vient au monde, il est entendu dans le monde socialiste, qu'à défaut de parents, la communauté prendra le nouveau-né sous sa protection. Il est même souhaitable que l'Etat se charge de tout enfant, dès sa naissance. L'entretien de l'enfant doit être soustrait au hasard de la naissance, pour devenir, comme l'instruction, une charge sociale (31).

Chacun pourra, comme J.-J. Rousseau, envoyer ses enfants aux enfants trouvés. « Inutile de dire qu'en ces temps-là, l'assistance publique sera la plus douce, la plus dévouée, la plus tendre des mères » (32).

••

La meilleure illustration de ces théories nous est fournie par la législation et la pratique de l'U. R. S. S.

De même qu'il s'attaquait à la religion, à la propriété, le bolchevisme s'est attaqué à la famille.

Celle-ci est dangereuse, car elle s'accompagne d'une mystique incompatible avec celle qui entoure le culte de l'idéal révolutionnaire. Elle nuit au fonctionnement parfait du collectivisme intégral, et l'individu ne doit plus avoir recours qu'à la collectivité. C'est elle qui assurera la subsistance du prolétariat tout entier (33).

(31) DEVILLE, o. c. p. 43.

(32) TURGEON : *Le féminisme français*, p. 404.

(33) « La famille, c'est le mari et la femme unis entre eux et séparés de la collectivité. Avons-nous besoin de cela ? Evidemment non ! » Conférence prononcée en janvier 1926, par Mme Alex. Kollontai, ambassadrice en Norvège, de l'U. R. S. S.

La famille constitue un préjugé bourgeois, elle ne devrait pas trouver place dans une république soviétique. Sans doute, la société n'ayant pas réalisé le « socialisme intégral », le législateur a été obligé de prendre des mesures de transition, mais l'idée maîtresse qui le guide est la dissociation du mariage et de la famille. La famille n'est plus la résultante du mariage.

Ce dernier apparaît désormais comme une simple société de personnes égales et libres. Il peut être enregistré, mais cette formalité ne donne qu'un avantage de preuve; l'enregistrement élève une présomption de mariage, mais l'union de fait, à condition d'être prouvée, produit les mêmes effets.

Simple société de personnes libres, il ne crée plus de devoir légal de cohabitation, de fidélité, il peut être dissout par la seule décision des intéressés, à n'importe quel moment, sans contrôle, sans délai (34). Il ne subsiste de l'union dissoute qu'une simple obligation alimentaire, pendant au plus un an, à dater de cette dissolution (art. 14).

La famille, indépendante de tout mariage, résulte des liens du sang qui unissent les enfants au père, à la mère, et à leurs plus proches parents. Ces liens, considérés en eux-mêmes, sont les seuls à prendre en considération. Peu importe qu'ils trouvent leur formation dans un mariage ou dans une liaison dépourvue de toute forme légale (art. 25). Toute distinction entre enfants se trouve supprimée.

Deux grands principes expliquent la législation de l'enfant. Il faut imposer son entretien alimentaire aux parents. L'Etat doit se réserver son éducation, sa formation doit être

(34) Code des lois soviétiques sur le mariage, la famille et la tutelle, art. 18.

confiée à la collectivité. L'école devient un moyen de prosélytisme, une arme pour la propagande communiste.

Mais pour imposer l'entretien des enfants aux parents, encore faut-il les connaître. Il n'y a plus obligation de cohabitation, devoir de fidélité, il n'y a donc plus de présomption de paternité, fondée sur le mariage.

Comment, dès lors, établir la filiation de l'enfant ?

En principe, sont réputés le père et la mère de l'enfant, ceux qui seront inscrits sur le registre des inscriptions de naissance (art. 26).

Mais tout intéressé peut contester cette filiation. D'autre part, rien n'oblige le père à faire inscrire sur le registre de naissance son enfant. Celui-ci sera-t-il considéré comme né de père inconnu ?

C'est ce que le Code veut éviter avant tout. Le législateur est alors obligé de recourir à une présomption nouvelle.

Il s'en remet à la déclaration de la mère. Celle-ci peut désigner l'individu qu'elle considère comme le père. En vue de défendre les intérêts de l'enfant, la mère a le droit, dans la période de grossesse ou après la naissance, de présenter, à l'organe local d'inscription des actes de l'état-civil, une déclaration indiquant le père de l'enfant. « La mère peut tenir la même conduite que la fille, elle peut, par une déclaration identique affirmer que l'enfant n'est pas de son mari et désigner l'homme auquel elle désire l'attribuer. L'épouse n'attend plus le désaveu, terme désormais désuet. Elle prend les devants et crie la vérité de façon que personne n'en ignore » (35).

Sur avis de cette déclaration, le père désigné peut dénier

(35) CHAMPCOMMUNAL : in *Bulletin Société Législation comparée*, 1926-389. — Cf. CHAPLET : *La famille en U. R. S. S.*, p. 260.

sa paternité pendant un an (art. 29). En cas de dénégation, le juge a pleins pouvoirs pour apprécier si la paternité est ou non établie. A défaut de toute preuve, il est admis que le père sera « le plus riche des amants de la mère ». Cette solution, suivie en fait dans le gouvernement de Moscou, a été rendue obligatoire pour la Russie blanche par le Code de 1927.

La disgrâce de la présomption « pater is est » n'est d'ailleurs pas définitive. En effet, une instruction sur l'état-civil, du 20 mars 1933, décide que si la mère est mariée, et a fait enregistrer son mariage, son mari sera présumé le père de ses enfants (36), si elle ne fait aucune déclaration contraire.

Obligation alimentaire, droit de succession sans droit à une réserve, tels sont les seuls effets de la filiation.

La paternité entraîne en outre, pour le père, l'obligation de participer aux frais liés à la grossesse, aux couches, à la naissance et à l'entretien de l'enfant.

L'éducation de l'enfant est en principe réservée à l'Etat, et si la garde et l'éducation sont laissées aux parents, ce n'est que sous l'appréciation souveraine des tribunaux et des organes de tutelle.

Le parents n'ont plus à l'égard de leurs enfants que des devoirs qui sont ainsi précisés : « prendre soin de la personne des enfants mineurs, veiller à leur éducation ou à leur préparation en vue d'une activité sociale utile (art. 41).

La mission qui est désormais confiée aux parents, mission essentiellement sociale, peut leur être retirée dès qu'elle paraît mal remplie, exercée d'une manière non conforme aux

(36) ROUAST : *Les rapports entre parents et enfants en droit soviétique*. In *Revue catholique des institutions et du droit*, Janvier-Février 1937, p. 62.

lois. Elle est alors confiée aux organes de tutelle et de curatelle, l'entretien de l'enfant subsistant à la charge des deux parents (art. 46). Bien plus, en attendant la sentence du tribunal, les organes de tutelle ont le droit de rendre une disposition retirant les enfants aux parents, s'il y a danger pour eux.

Lorsque l'enfant n'est plus confié à la garde et à l'éducation de ses parents, il se trouve en tutelle. Seule la tutelle dative existe, et est organisée sous la forme d'une tutelle d'autorité, moins dans l'intérêt de l'enfant que dans celui de l'Etat.

Les organes de tutelle, organes administratifs placés sous la surveillance et la direction du bureau du comité exécutif de région ou de gouvernement, remplissent leur tâche de tutelle par l'intermédiaire de tuteurs. L'exercice direct de la tutelle, qui avait été admis par le Code de 1923, a été interdit en 1927. Mais l'autorité conserve néanmoins la haute main sur la tutelle. Elle surveille les actes du tuteur et lui donne les instructions qu'elle juge opportunes. Le tuteur doit annuellement lui rendre compte, tant de la gestion des biens que de la protection de la personne. Enfin, il possède l'argument suprême, il peut destituer le tuteur de sa propre initiative (art. 92).

En résumé, voici la législation soviétique de l'enfance.

Toute distinction entre enfants se trouve effacée.

Faute de mariage, au sens français du mot, la filiation paternelle non reconnue est laissée à l'arbitraire de la mère. La filiation ne produit d'ailleurs que des effets pécuniaires, identiques pour tous les enfants, dont la vie physique et morale, comme celle de tout individu, appartient à l'Etat.



Que vaut cette législation en ce qui concerne l'enfant, que vaut l'idéal socialiste ?

Si le législateur communiste a déclaré vouloir le bonheur de l'enfant, il y a bien mal réussi.

Il a détruit la famille, il a remplacé la tutelle familiale par sa protection. Il s'est constitué le seul éducateur de l'enfant, soi-disant pour son bonheur.

L'avortement, l'infanticide, la misère, les enfants abandonnés, voilà les seuls résultats acquis aujourd'hui.

En donnant pour fondement à l'union de l'homme et de la femme la satisfaction de l'instinct sexuel, la législation soviétique a posé en principe le droit au bonheur.

Or, les enfants viennent entraver ce bonheur.

Il faut les éviter ou les abandonner. L'avortement, l'infanticide, l'abandon sont des conséquences fatales de cette morale.

L'avortement est considéré comme chose normale, comme un moyen commode d'éviter les charges de famille. A tel point que M. Gide a pu écrire : « la loi récente qui l'a interdit, a consterné tous ceux que des salaires insuffisants rendaient incapables d'élever une famille (37) ». En 1935, il y eut à Moscou, 70.000 naissances pour 155.000 avortements (38).

Le nombre des infanticides n'a cessé de croître depuis 1920 (39).

Pour l'U.R.S.S. il a passé, de 1920 à 1925, par les chiffres suivants : 180, 272, 325, 461, 664 et 1120. Pour Moscou et son gouvernement, les chiffres ont été les suivants : 5, 75, 99, 134, 129, 163 et 264.

D'autre part, si la morale du droit au bonheur fait naître la crainte de l'enfant, et le désir de s'en débarrasser, la possi-

(37) A. GIDE : *Retour d'U. R. S. S.*, p. 63, n°1.

(38) MOREAU : *Le Communisme et la natalité*, in *Revue catholique*.

(39) POPOF : *Annales de Médecine légale*, 1929.

bilité d'un grand nombre d'unions réduit à la misère ceux qui vivent encore.

Sans doute, le Code Soviétique a établi une obligation alimentaire entre les parents et leurs enfants, mais la multiplicité des unions multiplie les devoirs. Que faire devant l'insolvabilité du père ?

La misère de l'enfant est extrême, et détermine elle aussi la progression de l'infanticide. « Mieux vaut pour lui mourir tout de suite, sans souffrances, qu'après, lentement, d'inanition », ont bien des fois répété des femmes traduites devant la Cour pour infanticide (40).

L'Etat rêve d'assumer seul la tâche immense de l'éducation de tous les enfants et il assiste, impuissant, au vagabondage de milliers de petits êtres livrés au crime et à la prostitution (41).

« J'espérais bien ne plus voir de besprizornis (42), note M. Gide, mais à Sébastopol, ils abondent et l'on en voit plus encore à Odessa me dit-on. Ces enfants ont fui leur village natal, parce qu'ils n'imaginaient pas qu'on pût être nulle part ailleurs aussi misérables et affamés que chez eux. De quoi vivent-ils ? Je ne sais. Mais ce que je sais, c'est que s'ils ont de quoi s'acheter un morceau de pain, ils le dévorent... Un matin, les besprizornis que nous connaissons sont invisibles. Puis l'un d'eux que nous retrouvons m'apprend que la police a fait une rafle. Le milicien qu'ils interrogent leur dit qu'on va les confier à une institution d'Etat. Le lendemain, tous sont de nouveau là, « on n'a pas voulu de nous » disent les gosses (43) ».

(40) POPOF I. c.

(41) CHAPLET, p. 284.

(42) Enfants abandonnés.

(43) GIDE, O. C. p. 123-124.

Le législateur russe commence lui-même à douter du caractère bienfaisant de sa législation. Il l'a déjà amendée, la présomption de paternité résultant du mariage, a timidement fait une réapparition, des mesures sévères ont été prises pour assurer la vie des enfants, nonobstant le divorce des parents, l'avortement est prohibé. Ainsi se dessine un retour aux vieilles règles traditionnelles (44).

\*  
\*\*

L'idéal du législateur français est-il donc de recommencer cette expérience désastreuse. Il est difficile de le croire.

Non, il faut établir une réglementation uniforme, commune à tous les enfants adultérins qui les protégera tous et non pas quelques-uns.

Il faut organiser la protection physique et morale de l'enfant adultérin, lui assurer une tutelle qui fonctionnera en fait.

Il faut lui reconnaître un droit efficace à des aliments.

Enfin, s'il faut protéger la famille conjugale, pourquoi, en l'absence de descendants légitimes, de conjoint, lui préférer, dans la succession ab intestat, des collatéraux souvent éloignés, sous le vain prétexte de la protection d'une famille dont ces collatéraux ne sont plus les membres.

---

(44) ROUAST : article précité, p. 66.

## CHAPITRE II

# Réformes proposées

---

### *Section première : ETABLISSEMENT DE LA FILIATION*

Une des premières dispositions du Code à modifier est celle qui refuse à l'enfant adultérin tout moyen d'établir sa filiation.

Nous avons vu qu'une réforme de la condition juridique de l'enfant adultérin était nécessaire, qu'il y avait lieu désormais de reconnaître l'obligation pour les parents de pourvoir à l'entretien de leurs enfants, le droit pour ceux-ci de réclamer des aliments.

Or, il est évident qu'un tel droit ne peut être accordé exceptionnellement à quelques enfants privilégiés, il doit être accordé à tous, sinon, il perd sa signification.

D'autre part, il ne suffit pas de reconnaître, en principe, le droit pour les enfants adultérins de réclamer des aliments à leurs parents, il faut encore les mettre en mesure d'exercer ce droit, par conséquent leur accorder toute facilité pour établir leur filiation.

L'enfant devra établir sa filiation à l'égard de sa mère, à l'égard de son père. Celle-ci résultera soit d'une recherche judiciaire, soit d'une reconnaissance.

La recherche judiciaire de maternité ne fera aucune difficulté lorsque la mère n'est pas mariée. Il ne s'agit là, en quelque sorte, que d'une recherche de maternité naturelle. Une telle action est déjà recevable dans notre droit actuel, lorsque l'enfant ne possède aucune filiation. Pourquoi la déclarer irrecevable sous prétexte que sa filiation paternelle déjà établie est adultérine.

Les auteurs du Code l'ont interdite dans ce cas, parce qu'ils méprisaient l'enfant adultérin, « cet enfant monstrueux ». Ils considéraient l'adultère comme un crime odieux, dont l'enfant aurait déclaré une femme complice, en la recherchant pour mère.

Aujourd'hui, l'enfant adultérin est plaint et n'est plus méprisé, l'adultère n'est plus un crime, mais un simple manquement à la parole donnée, à la fidélité jurée. Le complice de l'adultère n'est plus un criminel. Rechercher sa mère en l'accusant de complicité d'adultère n'est plus l'accuser d'un crime, manquer au respect que tout enfant doit à ses parents. Ce n'est qu'une mesure préliminaire qui permettra à l'enfant de demander à sa mère de subvenir aux frais d'entretien de l'être qu'elle a engendré, qu'elle a appelé à la vie.

Que la filiation soit adultérine ou naturelle, la recherche de maternité, ayant le même but, doit être soumise aux mêmes conditions.

L'enfant fera la preuve de l'accouchement de sa mère par l'acte de naissance, et à son défaut par témoins ou présomptions. Il établira son identité avec l'enfant dont la femme est accouchée, à l'aide de témoignages appuyés par un commencement de preuve par écrit (1).

(1) Cf. l'art. 341 du Code Civil.

Lorsque sa mère est mariée et qu'il a été conçu pendant le mariage, l'enfant ne sera jamais admis à exercer l'action en recherche de maternité adultérine.

Lorsqu'il n'aura encore aucune filiation, seule l'action en recherche de maternité légitime lui sera accordée. S'il réussit, il sera réputé enfant légitime de sa mère, et par conséquent du mari de sa mère ; sauf à ce dernier à le désavouer. Il trouve alors pleine protection auprès de ses parents légaux, et les lois sur la protection des enfants légitimes pourvoient à sa défense.

Lorsqu'il a déjà établi sa filiation à l'égard de son père (par exemple si ce dernier a pourvu à son entretien, à son éducation en qualité de père, l'a reconnu), l'enfant sera-t-il admis à rechercher sa mère mariée ?

La négative doit être adoptée.

L'enfant a une filiation paternelle qui est adultérine, puisqu'il prétend sa mère mariée, et son père autre que le mari de sa mère.

Or, d'après l'article 312, le père d'un enfant conçu pendant le mariage, et tel est le cas, est le mari de sa mère.

Il y a donc conflit de paternité, et si l'on admet la recevabilité de l'action de l'enfant, ne faut-il pas rejeter l'une de ces deux paternités ?

L'action de l'enfant doit être admise, la crainte du scandale ne doit pas susciter son interdiction. L'enfant est recevable à rechercher une paternité adultérine, dirigée contre un homme marié (Cf. *infra*), pourquoi traiter différemment la mère ? Lorsque le père est pauvre, l'enfant dans la misère, doit-on dans la crainte du scandale permettre à la mère de vivre dans l'opulence, sourde aux cris de son enfant. D'ailleurs, n'est-il pas probable que le scandale existera néanmoins, et

que l'enfant emploiera le chantage si on lui refuse des aliments. N'est-il pas préférable de lui donner un droit alimentaire, en prenant toutes précautions contre le chantage, plutôt que de le pousser à user de cette arme ignoble contre sa mère ?

L'action de l'enfant étant admise, le concours des deux paternités peut-il être maintenu ? Non, on ne peut admettre que l'enfant agisse, tantôt comme enfant adultérin, tantôt comme enfant légitime. Son état doit être simple, il ne saurait venir à la succession de deux hommes différents en qualité de fils (2).

Mais quelle paternité faut-il rejeter ? Remarquons que la paternité légitime est fondée sur l'article 312. Celui-ci édicte une présomption d'intérêt social, une règle d'organisation de la famille fondée sur le mariage. « La légitimité des enfants qui naissent d'une femme mariée est une nécessité sociale. Le mariage n'est pas seulement un contrat, mais une institution légale dont la législation a déterminé les effets. La présomption pater is est... est un de ces effets. Il n'est pas besoin d'imaginer pour cela un acte de volonté du mari, pas besoin d'imaginer qu'il accepte de reconnaître les enfants adultérins qui pourraient naître. Il suffit de dire que la législation impose cette légitimité. Pourquoi ? Dans l'intérêt de la famille légitime, qu'il veut très forte, très stable, à l'abri de toute contestation » (3).

En face de cette base très forte donnée à l'article 312, la paternité naturelle n'est fondée que sur une reconnaissance, ou un jugement.

(2) Cf. La note de M. SAVATIER, in D. 1920, 2. 61.

(3) M. ROUAST, à son cours 1931-1932. *Cours de Droit comparé sur la filiation*, p. 205.

Cf. Ed. LÉVY : *Traité pratique de la légitimation*, p. 232-234.

Il est évident que la reconnaissance doit être écartée, car l'opinion qu'un homme a de sa paternité n'est pas d'intérêt social.

S'il réussit dans son action en recherche de maternité, l'enfant sera purement déclaré enfant légitime de sa mère et du mari de celle-ci. La reconnaissance primitive sera annulée, comme l'est actuellement la reconnaissance d'une filiation adultérine.

Si la paternité naturelle résulte d'un jugement, celui-ci n'a qu'une autorité relative (art. 1.351) (4), et ne fait pas obstacle à ce que l'enfant se prétende enfant légitime de sa mère et du mari de celle-ci, de même qu'il aurait pu se prétendre enfant naturel d'un autre individu (5).

Mais bien plus, l'enfant ne doit pas être admis à agir autrement. Il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas ainsi. La certitude physiologique n'est le plus souvent pas plus grande en ce qui concerne la paternité du mari. La protection de l'enfant ne sera pas mieux assurée par le père naturel puisque l'enfant a été obligé d'agir en justice pour lui rappeler qu'il avait des devoirs envers lui. Enfin l'intérêt social s'élève contre une exception à l'art. 312.

Dès lors l'enfant sera enfant légitime de sa mère et de son mari. La paternité naturelle, primitivement constatée par jugement, ne produira aucun effet. L'enfant ne pourra pas réclamer des aliments à son père, aucun droit de succession n'existera entre eux. Ces effets ne réapparaîtront qu'en cas de désaveu exercé par le mari ou par ses héritiers.

Remarquons d'ailleurs qu'en cas de séparation de fait

(4) Cass. Civ. 23 Avril 1925 D. 1925. I. 201.

(5) Bordeaux, 12 Février 1838. D. 38. 2 406 et Cass. 23 Fév. 1843. 1 S. 1843. I. 180.

entre la mère et son mari, cas où la solution que nous proposons apparaît moins conforme à la réalité, où la paternité du mari est fort problématique, l'enfant recouvrera, par le mariage subséquent de ses père et mère véritables, le statut d'enfant légitime à l'égard de tous deux, alors même qu'il n'y aurait pas eu de désaveu de la part du premier mari. (cf. *infra*).

Notons enfin qu'il est facile de protéger l'enfant contre les parents auxquels il s'est imposé. C'est le représentant légal de l'enfant qui a exercé l'action, c'est-à-dire son tuteur, personne choisie par le juge de tutelle, (cf. *infra*). Or à la suite du jugement, l'enfant étant déclaré enfant légitime n'est plus en tutelle, il n'est plus sous la protection du tuteur, mais il est fort aisé de prescrire à celui-ci d'exercer une surveillance discrète, au besoin dans les termes du décret-loi du 30 Octobre 1935, au cas où l'enfant se trouverait insuffisamment protégé.

La recherche de maternité est admise, la recherche de paternité adultérine doit l'être également.

Une telle action peut être dirigée soit contre un homme libre, à la suite d'un désaveu de paternité, par exemple, qui donne à l'enfant d'une femme mariée la qualité d'enfant adultérin, soit contre un homme marié, quelle que soit alors la filiation maternelle de l'enfant, naturelle ou adultérine, qu'il en ait une ou qu'il soit sans filiation.

Dans le premier cas, on reprend contre la recevabilité de l'action les arguments qui ont été invoqués en 1912.

Si la preuve de la maternité est facile à établir, si la mère est certaine, il n'en est pas de même du père. Toute preuve directe de paternité est impossible, celle-ci ne peut s'établir que par voie de présomption, or la présomption fait défaut en

matière de filiation illégitime. « Si donc la législation admettait la recherche de paternité, qu'en résulterait-il ? des décisions d'une incertitude extrême, et cette incertitude ne favoriserait-elle pas des actions scandaleuses » ( 6 ).

A cette objection, il est facile de répondre qu'il y a des cas où la paternité est à peu près certaine, et que l'on peut, sans craindre une erreur, imposer au père présumé toutes les charges de la paternité.

Il suffit de se montrer prudent dans la détermination de ces cas et de ne pas les laisser à l'arbitraire des juges.

La recherche de paternité naturelle a été admise, dans certains cas, par la loi du 12 novembre 1912. Pourquoi ne pas admettre la recherche de paternité adultérine dans les mêmes cas ?

Le secret de la paternité varie-t-il suivant la qualité adultérine ou naturelle de la filiation ?

On objecte encore le scandale, et l'on rapporte triomphalement la preuve que le scandale existait dans l'Ancien Droit, sous une législation qui admettait la recherche de paternité (7).

Mais les temps ont changé. Sans doute les recherches de paternité sont susceptibles d'entraîner de graves inconvénients, mais le législateur allemand ne s'est pas laissé arrêter par la crainte du scandale (8).

Il a estimé que « le point de vue des malheureux enfants est celui auquel il convient de se placer avant tout » (9) or, « leur refuser tout droit contre leur père serait aggraver les

(6) LAURENT : *Principes*, 437.

(7) Cf. Réquisitoire précité de l'avocat général Servan.

(8) Cf. *Motifs* IV, 866.

(9) Cf. *Motifs* IV, 857.

chances d'abandon matériel et moral, auxquelles ils sont déjà exposés » (10).

D'ailleurs, si scandale il y a, ce ne sera pas le seul cas où la loi admettra des actions fondées sur une imputation d'adultère. Elle autorise et légitime la plainte de l'un des époux pour adultère de son conjoint. Elle lui permet de demander le divorce pour délit d'adultère. Elle donne au mari le droit de désavouer l'enfant de sa femme pour cause d'adultère. « Voilà bien des scandales que la loi autorise. Pourquoi ? Parce qu'elle doit admettre l'exercice de tout droit, quelque scandale qui en puisse résulter. Ce serait une chose bien plus scandaleuse encore, de dénier l'action en justice à ceux qui ont un droit, sous prétexte de scandale » (11). Pourquoi admettre toutes ces actions, et ne repousser que celle de l'enfant « de cette innocente victime de la honte de ses parents ».

Demandons à ceux qu'effraie la crainte du scandale, ce qu'ils entendent par ce mot. « La réponse se devine facilement ; c'est la divulgation des faits qu'ils réputent scandaleux ; c'est la mise-à nu des lâchetés et des compromissions de conscience que les intéressés redoutent de voir étaler au grand jour du prétoire ; c'est la flétrissure d'une conduite dont ils rougissent à la seule pensée que l'heure de l'expiation approche, et qu'il faudra payer de la réprobation et du mépris de tous, l'abandon d'une mère et d'un enfant qu'ils voulaient oublier. Le voilà le scandale, le seul scandale redouté, celui de la honte et de la condamnation » (12). Or, celui-là nous l'approuvons.

La crainte du scandale, le mépris du législateur n'existent

(10) Cf. *Motifs* IV, 870.

(11) LAURENT : *Avant-projet*, art. 331, 2°.

(12) POUZOL : *Recherche de paternité*, p. 219.

plus. La prohibition de la preuve de la filiation adultérine n'a plus de justification. Elle ne présente plus que des inconvénients.

Les parents coupables sont sans obligations légales vis-à-vis de leur enfants. Ils sont affranchis des conséquences de leur faute ; ce qui est déplorable, car « plus on déchargera les parents de leurs obligations naturelles envers leurs enfants illégitimes, plus ce deviendra un sport sans danger de peupler le monde d'enfants illégitimes » (13).

Pourquoi assurer un brevet d'impunité « à la canaille aux gants jaunes » ?

Si les difficultés de preuve de la paternité, la crainte du scandale, sont insuffisantes pour nous détourner de l'établissement d'une recherche de paternité adultérine dirigée contre un homme libre, la qualité d'homme marié du défendeur ne doit pas plus nous effrayer.

On craint le trouble qu'une telle action va créer dans la famille du père. L'enfant naturel a pourtant été admis à rechercher son père, même lorsque celui-ci est marié. Il peut désormais intervenir dans le partage de sa succession, et l'article 741 qui l'en chassait a été abrogé.

Doit-on préférer l'honneur d'un homme, qui a été assez lâche pour abandonner son enfant, à la vie de ce dernier ?

On veut sauver la famille, mais elle n'est plus assez forte pour être un asile inviolable, à l'abri duquel il serait loisible de commettre tous les crimes. La femme séduite et abandonnée peut réclamer des dommages-intérêts, pourquoi l'enfant ne pourrait-il pas réclamer des aliments ? Et, dans ce cas, il est bien obligé d'établir, préalablement, sa filiation.

(13) TRAVERS, p. 367.

Quelle soit dirigée contre un homme libre ou marié, la recherche de paternité adultérine doit donc être admise, mais avec les mêmes restrictions que la recherche de paternité naturelle (Cp. art. 340).

L'enfant ne pourra donc agir qu'en cas d'enlèvement ou de viol de sa mère, de séduction dolosive, de concubinage notoire entre ses parents ; il pourra invoquer un aveu écrit de paternité, ou le fait que son père s'est chargé jusqu'alors de son éducation, de son entretien en cette qualité.

La recherche judiciaire de filiation adultérine étant admise, il va de soi que la reconnaissance doit l'être également. Il est inutile de la déclarer interdite pour obliger le père ou la mère à se laisser poursuivre devant les Tribunaux ; pourquoi augmenter la publicité qui entoure l'adultère, si les droits de l'enfant restent les mêmes. Le scandale, le trouble de la famille légitime, sera plus grand encore lorsqu'il aura été causé par une recherche judiciaire plutôt que par une reconnaissance.

Le père ou la mère libres pourront donc reconnaître leurs enfants adultérins, qu'ils aient ou non légalement cette qualité (14).

Le père marié pourra également reconnaître un tel enfant, dans tous les cas, car il pourra toujours être recherché en justice par celui-ci. D'autre part, la filiation adultérine ne donnant droit qu'à des aliments, ne faisant pas entrer l'enfant dans la famille légitime, ne lui donnant aucun droit de succession en présence des membres de la famille conjugale,

(14) Alors que dans le droit actuel, seuls peuvent être reconnus en qualité d'enfants naturels, grâce à une fissure du système légal, les enfants dont la filiation adultérine n'est pas légalement établie.

la reconnaissance ne présente pas, pour cette dernière, un danger plus grand que la recherche judiciaire de paternité adultérine. Il n'est pas nécessaire, par conséquent, d'interdire la reconnaissance d'un enfant adultérin à un homme marié, sous prétexte de protéger la famille conjugale en assurant le contrôle des tribunaux sur la réalité du lien de filiation adultérine, puisque ce contrôle serait sans intérêt.

La mère mariée, par contre, ne pourra pas reconnaître son enfant adultérin. Celui-ci, né d'une femme mariée, pendant le mariage, est réputé enfant du mari, enfant légitime. Pourquoi permettre à la mère d'établir la fausseté de la présomption légale ? L'enfant jouit en qualité d'enfant légitime, d'un statut supérieur à celui de l'enfant adultérin et très protecteur. L'acte de la mère ne pourrait être dicté que par des raisons pécuniaires. Or, il s'agit de protéger l'enfant et non de favoriser la cupidité de la mère.

Lorsque l'enfant a été désavoué, sa filiation adultérine est établie à l'égard de sa mère. Il n'y a donc pas lieu à reconnaissance, puisque celle-ci ne servirait à rien.

Qu'elle émane du père ou de la mère, dans le cas où celle-ci peut reconnaître l'enfant, la reconnaissance d'un enfant adultérin sera régie par les mêmes règles que celles d'un enfant naturel.

Il faut donc permettre l'établissement de la filiation adultérine, à moins que l'enfant ne jouisse déjà d'une filiation légitime.

Les articles 334 et 335 du Code Civil doivent par conséquent être ainsi modifiés :

— art. 334 : la reconnaissance d'un enfant naturel ou

d'un enfant adultérin, sera faite par acte authentique, lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance.

— art. 335 : Cette reconnaissance ne pourra avoir lieu au profit des enfants nés d'un commerce incestueux, sous réserve des dispositions de l'article 331.

---

## *Section II : EFFETS DE LA FILIATION ADULTERINE*

La filiation de l'enfant adultérin étant établie, quels droits doit-on lui reconnaître ?

Une remarque préliminaire doit être faite. Il faut éviter de confondre l'idée de famille et l'idée de filiation ou de parenté.

La parenté résulte de la communauté de sang, c'est un lien naturel.

La famille dans tous les temps apparaît comme un groupement social organisé par la coutume ou par la loi.

La parenté, lien du sang, doit produire les mêmes effets, quelle que soit la qualité de la filiation, car elle a pour but la protection de l'enfant. Ses effets sont indiqués par la nature elle-même. Ce seront les empêchements au mariage fondés sur l'utilité physiologique et la morale, le droit, ou plutôt le devoir de garde et d'éducation, l'obligation alimentaire. En revanche, le lien de famille seul peut engendrer, avec les droits de puissance et d'autorité, la vocation successorale *ab intestat* (15).

La reconnaissance, la recherche judiciaire de filiation adultérine a d'abord pour but d'établir la filiation de l'enfant, de lui permettre de réclamer à ses parents l'observation de leurs devoirs.

Elle doit donc créer, entre l'enfant et ses parents, un empêchement au mariage, elle doit fournir à l'enfant le moyen de réclamer des aliments, créer pour les parents une obligation de garde et d'éducation, sous réserve de diverses mesures restrictives, édictées dans l'intérêt de l'enfant.

(15) COLIN, thèse précitée, p. 261.

Nous examinerons ensuite s'il n'y a pas lieu de reconnaître plus d'effets à la filiation adultérine, notamment si en l'absence de famille, au sens moderne du mot, la vocation successorale de l'enfant ne doit pas être admise.

## I

On s'est aperçu soudain, après un siècle, que nos lois en organisant la puissance paternelle et la tutelle, n'avaient rien créé qui pût s'adapter exactement aux besoins et aux caractères particuliers des enfants nés hors mariage.

Le législateur s'est employé à combler cette lacune pour les enfants naturels, et la loi du 2 juillet 1907 a reconnu aux parents naturels la puissance paternelle sur leurs enfants.

Y a-t-il lieu d'étendre le champ d'application de cette loi, de confier aux parents la puissance paternelle sur leurs enfants adultérins.

Aujourd'hui, celle-ci est établie sur l'idée de devoir. Le droit n'est accordé que pour permettre l'accomplissement du devoir. La puissance paternelle n'est instituée que pour la protection de l'enfant. « Le contrôle de la justice sur l'exercice de ces droits précise l'intérêt de la société à ce que le titulaire ne s'en serve pas à ses seuls desseins individuels, et exprime l'idée que l'Etat ne peut tolérer la négligence ou les abus du père de famille (16).

Elle ne saurait donc être accordée qu'à une personne susceptible de remplir ce rôle de protecteur,

(16) COLIN, o. c. p. 248,

Les enfants légitimes sont confiés à leurs parents ; doit-il en être de même des enfants adultérins ? La situation de ces enfans est bien différente de celle de l'enfant légitime. « Ne parlons plus ici d'amour maternel et paternel ; s'il y a heureusement des parents adultérins prêts à remplir les devoirs que leur impose la paternité, les plus nombreux seront toujours ceux qui, pour s'y soustraire, seront prêts à toutes les lâchetés que la loi n'atteint pas. Se décident-ils à élever l'enfant qu'ils peuvent avoir eu d'une liaison presque toujours passagère, ils lui en voudront d'une situation dont ils sont, pourtant, les seuls auteurs responsables (17).

Mais, alors même que les parents n'auraient aucune animosité contre leur enfant, qu'ils voudraient remplir leur devoir, ils sont en général incapables de mener à bien la tâche qui leur incombe. Les mères ne présentent qu'une garantie bien insuffisante de bonne éducation de l'enfant : soit pour des raisons pécuniaires, un salaire trop faible ne leur permettant pas de surmonter les charges très nombreuses, les difficultés qu'entraîne la naissance ; soit plus fréquemment pour des raisons morales : leur faible valeur morale personnelle étant un exemple défectueux pour l'enfant. Les pères ne sont guère plus dignes de se voir confier la puissance paternelle, car ils sont, le plus souvent « préoccupés avant tout de ne pas se nuire à eux-mêmes, ils se soustraient autant qu'ils peuvent à leurs devoirs, ne donnant que l'argent qu'ils croient nécessaire pour s'éviter de trop graves difficultés avec la mère » (18).

Confier la puissance paternelle sur l'enfant à l'un ou à l'autre de ces parents, ce serait présumer que les parents

(17) GASTAMBELLE : *L'enfant devant la famille et l'Etat*, p. 117.

(18) TRAVERS, o. c. p. 14.

adultérins seront aussi attentifs à sa protection que des parents légitimes. Ce serait, en raison même de cette présomption, ôter à l'Etat toute surveillance efficace de leur conduite envers l'enfant. Ce serait condamner l'enfant adultérin à une situation à peu près identique à celle qui résulte aujourd'hui du défaut de protection (19).

Il faut protéger l'enfant, mais cette protection doit être sérieuse, et, puisque la puissance paternelle ne s'adapte pas aux besoins de l'enfant adultérin, il faut recourir à la tutelle.

Celle-ci ne saurait d'ailleurs être organisée de la même manière que pour l'enfant légitime. La tutelle telle que l'organise le Code civil français, ne serait pas assez protectrice.

Elle n'est, en effet, qu'un moyen de gestion du patrimoine du mineur, un mode de protection des biens. La protection de sa personne est considérée comme d'ordre secondaire.

« De tous, le Code a soigneusement protégé la fortune, mais, pour la personne de tous, il a manifesté un abandon presque complet à la Providence » (20).

En fait, il n'en résulte pas d'inconvénients graves pour l'enfant légitime, qui trouve auprès du survivant de ses père et mère, auprès de ses grands parents, une protection suffisante.

(19) Cf dans TRAVERS, p. 89 et 101, la critique des systèmes français et belge, qui reconnaissent aux parents naturels la puissance paternelle sur la personne de leurs enfants, et l'étude des tempéraments qui ont dû être apportés à ce principe.

Cf. PLANIOL, RIPERT et ROUAST : *La Famille*, n° 153. « Il ne faut pas avoir pour les filles-mères une défiance systématique et générale, il ne faut pas non plus avoir en elles une naïve et aveugle confiance. »

(20) SAVATIER : *Le Droit, l'Amour et la Liberté*, p. 152.

Il n'en est pas ainsi pour l'enfant adultérin ; pour lui, pas de parents soucieux de sa protection, sauf exceptions, pas de grands-parents, puisqu'aucun lien de parenté ne le rattache à eux, à ces grands parents qui ne ressentent, le plus souvent, qu'indifférence ou hostilité à son égard.

Il faut donc organiser pour lui une protection spéciale (21).

Comme dans toute tutelle, deux éléments sont indispensables : le tuteur, chargé directement de la protection de la personne et des biens du mineur, la haute tutelle, ayant pour mission de surveiller le tuteur et d'éviter qu'il ne commette des abus.

La tutelle n'est plus un droit conféré à l'héritier présomptif du mineur. Ce n'est plus le droit de veiller à ce que les biens qui doivent lui échoir en cas de mort du mineur ne dépérissent. C'est désormais une charge sociale, l'obligation pour celui qui doit l'assumer, de veiller à l'éducation du mineur, à la gestion de son patrimoine.

L'Etat qui contrôle l'exercice de la puissance paternelle, ne doit pas laisser sans surveillance la gestion du tuteur, l'exercice de sa mission.

Il place auprès de lui, un organe chargé de le contrôler, un organe de haute tutelle.. Pour l'enfant légitime, cet organe est familial, c'est le conseil de famille. Mais l'enfant adultérin n'a pas de famille, pour lui la haute tutelle familiale est impossible. Il faut donc en charger l'autorité. La haute tutelle de l'enfant adultérin sera une haute tutelle d'Etat.

(21) V. organisation de la tutelle de l'enfant illégitime dans le droit allemand, dans le droit autrichien, dans le projet de réforme de la législation civile italienne.

Mais le principe de cette haute tutelle d'Etat étant admis, par quel organisme sera-t-elle exercée ?

Il est évident, dès l'abord, que cet organe doit être très décentralisé. Toute haute tutelle n'est effective que dans la mesure où elle est à même de tirer profit d'indices ou de rumeurs souvent vagues, lui dénonçant les abus commis par les parents ou le tuteur. Cet organe doit donc se trouver à proximité du lieu de la tutelle, et la haute tutelle ne peut, en conséquence, être confiée qu'aux autorités administratives ou judiciaires inférieures, c'est-à-dire : soit aux conseils municipaux ou à des organes corporatifs, soit aux juges de paix ou aux Tribunaux de première instance.

La haute tutelle administrative est inapplicable en France. Les conseils municipaux jouent trop souvent un rôle politique autant qu'administratif.

L'attribution de la haute tutelle aux organes corporatifs, aux syndicats, n'est pas moins dangereuse. Sans doute, le genre de vie, les relations personnelles entre ouvriers d'une même industrie, permettent aux associations ouvrières d'être informées des cas où les enfants d'un de leurs membres ont besoin de protection, et les rend mieux à même que personne d'autre de la leur assurer. Mais les syndicats sont avant tout des organes politiques. Quelle complaisance, quelle partialité ne doit-on pas attendre de tels organes ? Comment dès lors leur confier la haute tutelle ?

Seule reste possible la haute tutelle d'Etat, confiée à l'autorité judiciaire.

Mais quel représentant de cette autorité charger de cette mission ? Faut-il la confier aux juges de paix, qui assurent déjà la présidence des Conseils de familles ? Leur juridiction est décentralisée puisqu'elle est cantonale, elle est dévolue à

un seul juge, toutes conditions avantageuses à l'exercice de la haute tutelle. Cependant, les juges cantonaux n'ont pas paru au législateur offrir toutes les garanties désirables d'impartialité pour exercer cette fonction.

La haute tutelle des enfants naturels, la répression des abus de puissance paternelle, ont été confiées au Tribunal d'arrondissement. La haute tutelle de l'enfant adultérin doit être également confiée à ce Tribunal.

Il y aurait toutefois avantage à ce que la haute tutelle ne soit confiée qu'à un seul magistrat de ce tribunal, magistrat spécialisé ainsi dans ces affaires délicates.

Cet avantage a été très bien compris du législateur allemand, et la haute tutelle confiée à un juge des tutelles, magistrat de carrière, inamovible, qui acquiert grâce à de fréquents maniements des affaires soumises à sa juridiction, les qualités de souplesse indispensables pour remplir utilement sa mission.

On réclame déjà la spécialisation de la magistrature de l'enfance en matière pénale. Celle-ci est organisée en fait, selon les vœux du législateur (loi du 23 juillet 1912, art. 15 et 18), dans les grands Tribunaux où il y a plusieurs Chambres. Pourquoi ne pas étendre cette mesure au droit privé ? Une haute tutelle intelligente, assure une bonne tutelle, et une protection efficace. Mieux vaut protéger l'enfant, avant sa comparution au Tribunal des Enfants, qu'après.

Le Juge de tutelle interviendra soit d'office, soit sur les réquisitions du Ministère public.

L'intervention du Ministère public est conforme à notre tradition.

Dans notre Droit actuel, il est le protecteur naturel des incapables, des mineurs et par conséquent des enfants nés hors

mariage et dépourvus de famille légale. Il a qualité pour proposer, même d'office, tous les moyens qu'il croit propres au maintien de leurs droits.

Il faut donc tenir compte de ce rôle historique et traditionnel du Ministère public et lui maintenir son droit de réquisition.

Mais en fait, le juge des tutelles comme le Ministère public, serait actuellement incapable de mener à bien sa mission, faute d'information.

L'autorité judiciaire, qui paraît ainsi présenter toutes garanties au point de vue de la compétence technique et du sentiment du devoir, se trouverait entravée dans l'exercice des fonctions qui lui seront dévolues, par le défaut complet ou l'insuffisance de renseignements.

Il faut donc lui adjoindre un organe chargé de remplir cette mission d'agent de renseignements.

Cet organe devra exercer une surveillance constante sur la personne de l'enfant, alors que pour les biens, certaines garanties peuvent rendre à peu près inutile un contrôle permanent.

Ce système d'information n'est d'ailleurs pas une nouveauté. Comme exemple de réalisation de pareils organes, on peut citer les Waisencornites de la ville de Vienne, qui constituent la plus ancienne application de l'idée, les conseils de tutelle de la loi finlandaise du 19 août 1898, le Gemeindegewaltigenrat du Code civil allemand, le conseil de tutelle du projet de loi rédigé en 1901 par la Société d'Etudes législatives (22), de la proposition de loi déposée en 1910 (23).

(22) *Bulletin Société d'Etudes législatives*, 1901, p. 576.

(23) *J. O. Chambre D. P. annexe* 301, p. 660. *J. O. Sénat D. P. annexe*, 325, p. 993.

Le meilleur de tous est le Gemeindewaisenrat allemand.

Il a pour mission d'avertir les tribunaux de tutelle des circonstances donnant lieu à ouverture de tutelle (art. 1851), de leur proposer le tuteur, le subrogé-tuteur et s'il y a lieu, les membres du conseil de famille (art. 1849), et plus généralement de leur signaler tous les abus dont les parents comme les tuteurs peuvent se rendre coupables envers les enfants confiés à leurs soins (art. 1675 et 1850). Les auteurs du Code civil allemand n'ont pas réglementé uniformément le mode d'organisation de ces conseils. C'est aux autorités régionales de statuer sur leur recrutement, les charges qui incombent à leurs membres, et la durée de leur mandat. Toutefois, d'une façon générale, leurs fonctions sont gratuites, l'étendue de leur ressort est la commune.

L'adjonction de cet organe auprès du juge des tutelles est essentielle dans une législation vraiment protectrice.

Il faut donc créer par arrondissement, ressort du juge de tutelle, un conseil de tutelle, composé de personnes domiciliées dans l'arrondissement et désignées par le Président du Tribunal, d'accord avec le Juge des tutelles.

Il sera assez facile au Président de fixer son choix parmi les membres des Sociétés de Patronage, des Comités de défense des enfants traduits en justice, parmi les assistantes sociales, les visiteurs de l'enfance, même les simples particuliers (cf. D. L. 30 oct. 1935 précité).

Les membres de ce conseil pourront d'ailleurs se grouper en sections cantonales, afin de se rapprocher des enfants dont ils ont la charge. Chaque section se réunira alors sous la présidence du Juge de paix du canton.

Ils auront pour mission d'informer le Juge de tutelle de

tout ce qui concerne la tutelle des enfants résidant dans le canton (24).

L'organe de haute tutelle, ainsi constitué et aidé dans sa mission par un organe d'information, ne dirigera pas directement le gouvernement de la personne du mineur, la gestion de ses biens.

Il aura pour mission de nommer un tuteur, de le surveiller, d'autoriser les actes importants, enfin de le destituer en cas de besoin.

La tutelle s'ouvrira à la naissance de l'enfant s'il est reconnu comme enfant adultérin à ce moment, ou à la date du jugement qui prononce le désaveu, la nullité du mariage pour bigamie. Le juge de tutelle sera informé de cet événement, et de la nécessité de nommer un tuteur par l'officier de l'état-civil, ou par le greffier, qui auront pour mission d'en aviser l'autorité compétente.

Le juge des tutelles, sur les renseignements qui lui seront fournis par le conseil de tutelle, déterminera alors quelle personne il y a lieu de nommer tutrice.

La tutelle de l'enfant adultérin sera en effet toujours dative. Son fondement même est en opposition avec le principe de la tutelle légale. Cette dernière est déférée aux parents de l'enfant, or l'enfant adultérin n'aura pour parents que ses père et mère. D'autre part, la dévolution de droit a le vice capital de produire ses effets aveuglément, d'après des règles qui présument ce qui devrait être : affection et sentiment du

(24) Remarquons que toute cette organisation devrait être appliquée, non seulement aux enfants adultérins, mais encore aux enfants naturels non reconnus mais non abandonnés, et même aux enfants naturels reconnus.

devoir chez les parents. Or, nous avons vu que ces qualités sont bien rares chez des parents adultérins.

On leur a refusé la puissance paternelle, à raison des garanties insuffisantes qu'ils présentaient ; peut-on leur accorder de plein droit la tutelle ?

Cette attribution qui présume l'existence de qualités qui n'existent pas, sauf exception, chez des parents adultérins, sera donc défectueuse, sauf exception, et ne doit en conséquence pas être admise.

Il faut ainsi réserver le choix du tuteur au tribunal des tutelles.

Rien n'empêche, du reste, le tribunal de nommer, en toute connaissance de cause, le père ou la mère, tuteur de l'enfant.

Bien plus, il pourra, tout en refusant la tutelle, accorder à celui des deux parents qui lui paraîtra le plus digne, le plus capable d'assurer le bien-être physique et moral de l'enfant, le soin de la personne de cet enfant, c'est-à-dire le droit et le devoir de diriger son éducation, de la surveiller et de fixer le lieu de sa résidence.

Le choix du Tribunal devra se porter le plus souvent possible sur les parents adultérins, ce n'est qu'en cas d'indignité qu'il devra faire appel aux personnes charitables, aux œuvres privées, ce n'est qu'en dernier lieu qu'il devra confier l'enfant à une organisation d'Etat (25).

« Il est une hygiène plus nécessaire encore à l'enfant que l'hygiène physique, c'est l'hygiène morale, cette atmosphère d'affection alliée à la fermeté, apanage propre des parents

(25) Cf. Vœux du 1<sup>er</sup> Congrès international pour la protection de l'enfance, 1910, p. 525, et du 2<sup>e</sup> Congrès, 1921 ; in *Revue politique et parlementaire*, 1921, t. 108, p. 343.

dignes) de ce nom, dont certaines œuvres privées peuvent conserver une grande part, grâce au dévouement, à l'abnégation de leur directeur, mais que l'Etat est incapable d'assurer à tous avec ses règlements froids et rigides, et ses fonctionnaires, si justes et équitables soient-ils. Aimer son pupille est la première condition pour le bien élever, et l'on ne saurait imposer à des fonctionnaires l'obligation d'aimer, l'affection ne se commande pas » (26).

Les pouvoirs du tuteur s'exerceront sur le gouvernement de la personne du mineur, sur la gestion de ses biens.

Tant que le soin de la personne de l'enfant appartiendra à l'un des parents sans que la tutelle lui ait été confiée, le tuteur remplira à cet égard le rôle de conseiller, il contrôlera les actes de la mère, et avisera le Tribunal dans tous les cas où l'intérêt du pupille l'exigera (27).

Son action s'exercera encore dans d'autres circonstances qui intéressent la personne du mineur : contrat d'apprentissage, de louage de service. Il assistera la mère indigente et réclamera pour l'enfant des aliments au père.

Lorsque les parents se trouveront privés de la garde de l'enfant, ou auront été chargés de la tutelle, le tuteur réunira alors les fonctions de gardien de la personne et des biens.

L'étendue de ses pouvoirs dans ce cas, son mode d'action, sa responsabilité seront réglés par le Titre X, du Code Civil; toute intervention du conseil de famille étant remplacée par une décision du juge des tutelles, qui conserve ainsi la haute main sur la tutelle de l'enfant adultérin, notamment par son droit de destituer le tuteur. Les décisions du juge de tutelle seront d'ailleurs susceptibles d'appel, et celui-ci, non

(26) TAUDIERE, p. 300.

(27) Cf. art. 1707, Code Civil allemand.

suspensif, sera porté devant la Cour (Cp. art. 889 Code procédure civile).

Dans cette organisation, la subrogée-tutelle devient sans utilité. La tutelle des enfants illégitimes est en général très simple, leur fortune, presque toujours minime, se réduit souvent à rien. D'autre part, le rôle de subrogé-tuteur est de surveiller les agissements du tuteur et de dénoncer les abus. Un subrogé-tuteur ferait donc double emploi avec l'organe d'information qui sera placé auprès du juge de tutelle.

L'enfant adultérin a une filiation, il a un tuteur qui veille sur lui et le protège, mais, comme tout être humain, il doit vivre. Qui lui fournira les aliments dont il a besoin ?

La réponse est immédiate : ses parents, conjointement ; puisque c'est dans ce but que l'on a admis la recherche de filiation adultérine.

Une obligation alimentaire, fondée sur le lien de parenté et réciproque, lie d'ailleurs actuellement l'enfant adultérin à ses parents, mais, en présence de la prohibition de l'article 335, cette obligation est purement naturelle.

Désormais, ce sera une obligation civile puisque la filiation pourra toujours être établie. L'action en paiement d'aliments, régie par le droit commun de la dette alimentaire, sera exercée par l'enfant lorsqu'il sera majeur, et pendant sa minorité par son représentant légal, par son tuteur. Sa mère ne l'exercera qu'autant qu'elle aura la tutelle. Il faut, en effet, écarter la possibilité de calcul que pourraient faire sur leur inconduite certaines femmes sans principes et leur fermer l'espoir d'en profiter grâce aux droits qu'elles réclameraient pour leur enfant ».

La protection de l'enfant est désormais assurée ; protection matérielle, par la possibilité de rechercher ses parents et de leur demander des aliments : protection intellectuelle et morale, par la mise en tutelle immédiate de l'enfant adultérin (28).

## II

L'enfant adultérin doit bénéficier des diverses réformes que nous avons proposées, quelle que soit la situation de ses parents ; qu'ils soient mariés tous les deux ou non, que la mère, mariée au moment de la conception, ait divorcé depuis lors ou qu'elle soit encore dans les liens du mariage.

Dans ce paragraphe, nous supposons au contraire, que l'enfant est en conflit avec la famille légitime d'un de ses parents, mais que cette famille n'est représentée que par des collatéraux ou des ascendants, en d'autres termes que ses prétentions ne s'opposent pas à celles de la famille conjugale.

Nous avons vu que le Code civil refuse tout droit de succession à l'enfant adultérin, et ne lui accorde qu'une créance alimentaire contre la succession de ses parents (art. 762).

Le raisonnement des auteurs du code est très simple. Le droit de succession n'est accordée qu'aux membres de la famille, or les enfants naturels ne font pas partie de la famille, ils n'ont pas de droit de succession — Les enfants na-

(28) Protection qui d'ailleurs, pour être complète, devrait être étendue à l'enfant illégitime non reconnu. Elle pourrait prendre dès lors l'enfant à sa naissance et non plus seulement au jour de la reconnaissance ou du jugement.

turels n'ayant pas droit de succession, les enfants adultérins n'en ont pas.

La loi du 25 Mars 1896 ne permet plus aujourd'hui de reprendre ce raisonnement. Les enfants naturels ont désormais un droit de succession, dont la quotité varie avec la qualité des personnes qui prétendent concourir au partage de la succession.

Mais les enfants naturels ayant un droit de succession, celui-ci se trouve avoir pour fondement, non plus le lien de famille, mais le lien de parenté. Or un tel lien existe entre les parents et leur enfant adultérin. Celui-ci doit donc avoir un droit de succession.

C'est d'ailleurs la pensée du législateur. Sans doute, en 1896, ce droit a été reconnu à l'enfant naturel et refusé à l'adultérin. Mais ce ne fut que pour des raisons d'opportunité. En réalité, les auteurs du projet ont craint alors que la consécration du droit des enfants adultérins ne fit rejeter les mesures proposées en faveur des enfants naturels simples. « Et ceci est surtout visible dans le fait que ceux-là qui proposaient d'assimiler complètement les enfants naturels et les enfants légitimes demandaient cependant le maintien des enfants adultérins dans leur situation antérieure » (29).

Le principe de la vocation successorale de l'enfant adultérin étant admis, il reste à déterminer les cas dans lesquels on l'appellera à exercer son droit.

Lorsqu'il prétend concourir, l'enfant adultérin entre en conflit avec la famille légitime, pour laquelle il est un intrus.

Droit de famille et droit individuel s'opposent, lequel doit l'emporter ?

(29) VALLIER, *o. c.*, p. 446.

Puisque le droit de succession est une création de la Société, celle-ci règlera le conflit au mieux de ses intérêts.

Or, la famille est nécessaire. Mais pourquoi ? Parce qu'elle est le meilleur organe d'éducation de l'enfant. La famille dès lors n'intéresse l'Etat qu'autant qu'elle se limite au père, à la mère et aux enfants, seul groupe susceptible d'avoir une influence préférable à tout autre sur l'éducation de l'enfant. Et c'est à ce noyau, en effet, qu'elle se réduit actuellement. Ascendants, collatéraux, ne sont plus réunis que par un lien de parenté, qui peut avoir pour effet de leur donner un droit de succession, mais qui ne leur confère plus un titre préférable à celui de l'enfant naturel, de l'enfant adultérin.

Dès lors, si l'enfant adultérin se trouve en conflit avec des enfants légitimes, le conjoint de son père ou de sa mère, ceux-ci lui seront préférés. Admettre le concours, serait amener la dissolution rapide du groupe conjugal, c'est-à-dire agir contrairement à l'intérêt social. Que vaudrait, en effet, le mariage si, aux yeux de tous, l'enfant né en violation du lien conjugal avait les mêmes droits familiaux que l'enfant légitime ? Mais en l'absence de famille conjugale il ne doit plus être exclu de la succession.

Nous allons donc déterminer successivement ses droits dans la succession ab intestat, puis dans la succession testamentaire.

Dans le premier cas, en présence d'enfants légitimes, il ne pourra exercer que son droit alimentaire. En présence du conjoint, il sera également réduit aux aliments. Il faut toutefois réserver le cas où le conjoint qui ne vient en ordre utile, dans chaque branche qu'en l'absence de tout parent, se trouve primé par un ascendant par exemple ; l'enfant adultérin prime

l'ascendant, il primera donc le conjoint. Ce dernier ne saurait se plaindre, puisque de toutes façons il n'aurait rien recueilli.

Toutefois, lorsque le conjoint ne peut exercer son droit de pleine propriété, la loi lui donne un usufruit sur le quart, la moitié ou la totalité de la succession, suivant que les héritiers sont des enfants légitimes, des enfants naturels ou des collatéraux privilégiés, enfin tout autre collatéral ou ascendant..

Lorsque la succession est recueillie par un enfant adultérin, le droit d'usufruit du conjoint sera le même que si les biens avaient été recueillis par l'héritier que l'enfant adultérin a exclu. Il portera donc sur la moitié ou la totalité de la succession, suivant le cas.

Dans la succession testamentaire, l'enfant adultérin n'aura aucune réserve, il ne pourra exiger que des aliments (art. 762). En présence d'enfants légitimes, le père pourra-t-il attribuer toute la quotité disponible à son fils adultérin ? Si l'on se place du côté de l'enfant, il est évident qu'il y a tout intérêt ; d'autre part, il est certainement plus indiqué pour recevoir cette libéralité que des étrangers dont l'existence n'est pas le fait du de cujus. Mais la famille conjugale ne va-t-elle pas souffrir de cette faveur ? La quotité disponible lui serait peut-être restée s'il n'y avait pas eu d'enfant adultérin. Néanmoins, réduire la quotité disponible, à l'encontre de l'enfant adultérin, ne présente pas grand avantage, car le père, s'il en a l'intention, fera parvenir le surplus à son fils, par voie indirecte, ou réduira de toute autre façon ses enfants à leur réserve.

La protection de l'enfant légitime est donc suffisamment assurée par la réserve. Mais il n'en est pas de même du conjoint. Celui-ci n'a pas de réserve. Permettra-t-on à l'époux

adultère d'adresser toute sa fortune à l'enfant. Non, certainement, l'enfant adultérin est né au mépris de la foi jurée ; s'il est nécessaire de le protéger, il n'est nullement utile de permettre à l'époux adultère de lui léguer sa fortune, en laissant son conjoint dans la misère. Il y a donc lieu de reconnaître au conjoint, qui n'aura rien reçu, un droit d'usufruit sur la moitié de la libéralité faite à l'enfant. Lorsqu'il aura été gratifié par le défunt, le conjoint devra opter entre son legs et son droit d'usufruit.

Ainsi la famille conjugale se trouvera protégée dans la succession testamentaire comme dans la succession ab intestat. Dans la première, par la réserve et l'institution d'un droit d'usufruit, dans la seconde, par l'exclusion de l'enfant adultérin.

Mais le fondement de cette exclusion de la succession ab intestat, la limite par cela même.

S'il n'y a pas d'enfant légitime, si le conjoint est mort ou divorcé, il n'y a plus de famille conjugale, il n'y a plus d'intérêt social en jeu. Tout se borne à un conflit d'intérêts individuels.

La situation de l'enfant adultérin est alors la même que celle de l'enfant naturel. Pourquoi lui donner un droit différent ?

La succession ab intestat est dévolue selon l'affection présumée du défunt ; peut-on croire qu'il préfère un cousin éloigné à son fils, fut-il adultérin ? Bien plus dans le système actuel du Code, à défaut de parents légitimes, de conjoint, c'est le fisc qui recueille la succession, et non l'enfant adultérin. La présomption d'affection est, alors, peut-être excessive.

On invoque les bonnes mœurs. Elles ont toujours été in-

voquées contre l'enfant adultérin, et nous avons vu que cet argument était bien faible pour repousser les autres réformes. Nous arrêtera-t-il cette fois ?

Vraiment, nous ne voyons pas en quoi les bonnes mœurs seraient menacées par la préférence accordée à l'enfant adultérin sur un collatéral.

En matière testamentaire, les bonnes mœurs ne sont pas blessées par un legs fait à une concubine (30).

Il semble que l'enfant adultérin ait encore plus de titres qu'elle a recevoir un legs. Or, pour les bonnes mœurs, succession testamentaire et succession ab intestat sont sur le même plan.

D'ailleurs qui, aujourd'hui, serait scandalisé d'un legs ou d'une libéralité faite à un enfant adultérin, si la famille conjugale n'en souffre pas.

Par conséquent, si en présence d'enfants légitimes ou de conjoint, la quotité du droit de succession ab intestat de l'enfant adultérin est réduite à néant, son droit limité aux dispositions de l'article 762 actuel, en présence de tout autre personne, cette quotité sera égale à celle de l'enfant naturel.

Ces limites apportées à son droit successoral déterminent sa capacité de recevoir des donations de ses parents. Il ne pourra recevoir par donation plus que sa part ab intestat. Par conséquent si le donataire a conjoint ou enfants légitimes du mariage au cours duquel a été commis l'adultère, l'enfant ne pourra rien recevoir au-delà des aliments, mais seuls ces intéressés pourront agir en réduction. Dans tous les autres cas, quelle que soit l'étendue de la libéralité, elle sera pleinement valable, sauf réduction pour atteinte à la réserve des ascendants.

(30) <sup>1</sup>Supra.

### Section III : LEGITIMATION

Le législateur a cru devoir admettre la légitimation de l'enfant adultérin par mariage subséquent de ses père et mère et à certaines conditions (article 331) : pour les enfants adultérins de la femme, à condition d'avoir été désavoués, ou conçus pendant une période de séparation légale ; pour les enfants adultérins du mari, qui n'auront pas été conçus pendant cette période, à condition qu'il n'existe pas d'enfant du précédent mariage.

Le bénéfice de la légitimation n'a pas paru être assez largement accordé aux enfants adultérins par les lois successives des 7 Novembre 1907, 30 Décembre 1915 et 22 Avril 1924.

De nombreuses lacunes ont été relevées dans l'organisation actuelle de la légitimation (31).

Pour la troisième fois, M. Viollette, le 20 Janvier 1916, déposait une proposition pour étendre le bienfait de la légitimation à tous les enfants adultérins, sans exceptions. Comme le montrent aussi les propositions de lois, déposées sur le bureau de la Chambre en 1929, par M. Bouissoud et par M. Th. Valensi, rapportées par M. Rucklin à la séance de la Chambre du 23 Janvier 1936 (32), cette question préoccupe toujours le législateur.

(31) Cf. Ed. LÉVY, *o. c.* p. 290 ; add. *Semaine Juridique* 1929, p. 233.

(32) *J. O. Chambre*, D. P. 23 Janvier 1936.

La proposition de loi de M. Ch. Bouissou tend :

1° à permettre à la mère remariée de l'enfant adultérin non désavoué, et par conséquent légalement enfant légitime du premier mari, d'assigner son mari ou ses héritiers devant le Tribunal, pour voir celui-ci prononcer le désaveu et la légitimation de l'enfant par le second mariage ;

2° à permettre la légitimation de l'enfant conçu pendant une période de séparation de fait.

La proposition de M. Th. Valensi tend à restreindre la possibilité

Doit-on opter pour la généralisation de la légitimation, la possibilité pour un époux adultère de légitimer tous les enfants qu'il aura eus de cette union illicite, après avoir brisé les liens qui le rendaient adultère.

Doit-on permettre à un mari de légitimer ses enfants adultérins alors qu'il existe des enfants du précédent mariage.

Certainement pas. La restriction apportée par la législation a pour but « d'empêcher le scandale qu'il y aurait à voir des enfants légitimes de même âge et de mères différentes » Permettre cette légitimation serait consacrer l'existence de la polygamie.

Celle-ci est admise en fait en U. R. S. S., nous avons vu les résultats de cette mesure désastreuse pour l'enfant.

Peu importe que l'enfant adultérin rapporte le consentement de ses frères et sœurs légitimes, majeurs, l'institution de la famille n'en sera pas moins profondément atteinte. Ce n'est pas parce que la légitimation a été admise dans certains cas que la famille légitime ne doit plus être protégée.

Que l'enfant adultérin puisse réclamer des aliments à son père, la protection à l'Etat; que ces droits soient efficaces : voilà qui est nécessaire. Mais il est beaucoup plus dangereux de détruire la famille légitime et de permettre à l'enfant d'obtenir une légitimation sans restrictions.

de légitimation au cas où le père ou la mère adultère serait veuf, et non plus seulement divorcé. M. Valensi demande en outre la légitimation des enfants adultérins, même en présence d'enfants légitimes issus du premier mariage, si ceux-ci sont majeurs et consentants.

La Commission de législation n'a pas retenu la restriction demandée par M. Valensi « persuadée que M. Valensi n'a pas entendu apporter une restriction quelconque à l'application de l'art. 331 C. civ. », mais a fait siennes les autres propositions.

En ce qui concerne les enfants adultérins de la femme, on pourrait proposer la légitimation des enfants nés, soit pendant une séparation de fait des époux, soit même pendant leur cohabitation.

Le deuxième cas ne doit certainement pas être admis, car ce serait la porte ouverte à tous les scandales, sans profit pour l'enfant. Avant de le légitimer, il faudrait établir que la présomption *pater is est*... est ici en défaut, et que le père présumé n'est pas le véritable père. La mère devrait prouver son adultère. Et tout cela sans que l'on puisse établir une présomption grave de non paternité à l'encontre du mari, sans qu'il en résulte quelque utilité pour la protection de l'enfant qui a déjà le statut d'enfant légitime (33).

La question est beaucoup plus discutable dans le premier cas.

Il arrive fréquemment, surtout dans les ménages ouvriers, que des époux se séparent en fait. Ils vivent chacun de leur côté. La femme se met en ménage, l'homme souvent en fait de même. Puis des enfants naissent.

Conçus pendant une séparation de fait, ils sont toujours présumés enfants légitimes du mari, sans possibilité de preuve contraire.

Si peu après, à la suite d'un divorce, le ménage de fait se transforme en union légitime, les enfants qui en naîtront désormais seront légitimes. L'enfant qui est né trop tôt reste rattaché à un homme qui ne s'occupe pas de lui, mais qui peut, quand bon lui semblera, prétendre exercer tous les droits que la loi lui reconnaît sur cet enfant qui n'est pas le sien, et notamment revendiquer la garde de sa personne.

(33) Cf. ce qui est dit ci-dessus de la reconnaissance.

N'est-ce pas dangereux pour l'enfant, qui se trouve enlevé aux siens, et remis entre les mains d'un homme qui n'est pour lui qu'un étranger, souvent hostile et porté à se venger de l'adultère de sa mère.

Ne devrait-on pas permettre à la mère qui a obtenu le divorce, qui par conséquent a des griefs sérieux contre son mari, de prouver cette séparation de fait et son antériorité à la conception de l'enfant. La preuve de l'adultère n'est plus ici nécessaire. Il n'y a à prouver qu'une séparation de fait entre les époux, séparation qui bientôt s'est transformée en séparation de droit, suivie de divorce.

Peut-on permettre à un homme de reprocher à sa femme son infidélité, alors qu'il l'a abandonnée, qu'il l'a laissée dans la misère. Peut-on lui permettre de réclamer, par mesure de vengeance, un enfant qui n'est pas le sien, alors qu'il est possible d'éviter ce danger à l'enfant, sans scandale pour la moralité publique, sans péril pour la famille légitime.

Sans scandale pour la moralité publique, car le divorce a vidé la question : l'adultère de la femme a été invoqué par le mari, la brutalité de l'homme et son abandon ont été prouvés par la femme.

Sans péril pour la famille légitime car si la femme s'est mise en ménage, a eu des enfants et a demandé et obtenu le divorce, c'est bien parce que son premier foyer était définitivement détruit. Croit-on que la réforme que nous proposons l'incite à tenter l'aventure ? Croit-on que le danger, que courent actuellement les enfants nés pendant une séparation de fait, retienne la femme, affaiblie par l'abandon de son mari ? Le sort malheureux d'enfants à naître n'entre jamais en ligne de compte à ce moment-là. La passion, la misère sont plus puissants que le devoir envers des enfants hypothétiques.

Croit-on que ces dispositions engageront la femme à couper les ponts derrière elle, à demander le divorce ? Une femme séparée en fait de son mari, et qui a eu depuis des enfants, reprend bien rarement la vie commune ; le divorce ou la séparation de fait perpétuelle sont les seules solutions adoptées (34).

Il y aurait donc lieu, si l'on admet ces raisons, de modifier l'article 331 en ce sens. « Art. 331... les enfants adultérins sont légitimés dans les cas suivants...

2° — Les enfants nés du commerce adultérin du père ou de la mère, lorsqu'ils sont réputés conçus à une époque où les deux époux vivaient séparés en fait, toutefois la reconnaissance et la légitimation pourront être annulées si l'enfant a la possession d'état d'enfant légitime... (le reste sans changements).

---

(34) Cf. en ce sens la proposition de M. Bouissoud et le rapport de M. Rucklin précité, note p. 207.

## Conclusion

---

De cette étude, nous avons vu se dégager les trois points suivants :

- 1° — L'enfant adultérin, comme tout enfant illégitime, a besoin de protection.
- 2° — Dans l'état actuel de notre législation, cette protection n'est pas organisée.
- 3° — Il est donc nécessaire de réformer le Code et de protéger l'enfant adultérin.

Cette dernière proposition n'est pas si extravagante, puisque nous en trouvons un exemple, bien près de nous, en Alsace-Lorraine.

Il faut donc construire et telle sera notre conclusion, conclusion déjà exprimée dans notre dernier livre. Il faut protéger l'enfant adultérin.

*Le Président de la Thèse :* Vu, *le Doyen de la Faculté :*  
A. ROUAST. E. ALLIX.

Vu et permis d'imprimer.

*Le Recteur de l'Académie de Paris :*  
S. CHARLÉTY.

# Table des Matières

---

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Pages |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| INTRODUCTION .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | I     |
| <br>LIVRE PREMIER<br>HISTORIQUE<br>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |       |
| CHAPITRE PREMIER : <i>En Grèce</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 9     |
| I. — Le — Constitution — Indépendance générale — Condition de l'enfant adultérin .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 9     |
| II. — La cité — Conséquence de sa fondation — L'évolution économique et sociale — La démocratie — L'évolution de la constitution familiale — le , son exposition — Condition juridique : 1 <sup>o</sup> phase, l'enfant adultérin sans filiation est relégué dans les classes inférieures de la cité — son admission dans la cité — conséquences. — 2 <sup>o</sup> phase : apparition de la filiation naturelle — conséquences ..... | 13    |
| III. — Le développement de l'individualisme — conséquences .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 27    |
| CHAPITRE II : <i>A Rome</i> .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 31    |
| SECTION PREMIERE : ROME PAIENNE ... ..                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 31    |
| I. — La gens et l'enfant adultérin .....                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 31    |
| II. — La cité, la famille romaine, la condition de l'enfant adultérin, l'exposition — L'évolution politique, économique et sociale jusqu'au II <sup>e</sup> siècle — L'enfant adultérin dans la cité — La conquête des provinces au II <sup>e</sup> siècle, et leurs conséquences, transformation de la famille, de la con-                                                                                                          |       |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Pages |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| dition de l'enfant adultérin. — Etablissement de la filiation — Protection de sa personne, droits successoraux — L'enfant adultérin et son père — Condition matérielle de l'enfance .....                                                                                              | 32    |
| SECTION II : LE CHRISTIANISME .....                                                                                                                                                                                                                                                    | 45    |
| La décadence de la civilisation antique — La victoire du Christianisme — Conséquences — Modification de la condition de l'enfant adultérin — Sa légitimation — La condition de l'enfant au Bas-Empire.                                                                                 |       |
| CHAPITRE III : <i>En France sous les deux premières races</i> .....                                                                                                                                                                                                                    | 53    |
| L'état politique et social du V <sup>e</sup> au X <sup>e</sup> siècle — L'état juridique — Condition de l'enfant adultérin de statut romain, de statut barbare — Le Roi, l'Eglise et la protection de l'enfance.                                                                       |       |
| CHAPITRE IV : <i>En France, au XI<sup>e</sup> siècle</i> .....                                                                                                                                                                                                                         | 61    |
| Etat social — Le domaine — l'Eglise — Le bâtard, condition juridique et matérielle.                                                                                                                                                                                                    |       |
| CHAPITRE V : <i>En France, du XI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle</i> ....                                                                                                                                                                                                      | 66    |
| Evolution politique et juridique — Evolution du statut du bâtard — Causes — Disparition des incapacités anciennes — Protection de sa personne — Protection de l'enfant abandonné — La protection de la famille légitime — La condition juridique de l'enfant adultérin en Droit écrit. |       |

## LIVRE II

### STATUT DE L'ENFANT ADULTERIN DANS LE DROIT ACTUEL

|                                                                                                                                                                     |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE PREMIER : <i>Premiers symptômes</i> .....                                                                                                                  | 87 |
| SECTION PREMIERE : LA RÉVOLUTION DANS LES MŒURS .....                                                                                                               | 87 |
| Réaction religieuse et politique contre l'autoritarisme du XVII <sup>e</sup> siècle — Les idées nouvelles — La famille et l'enfant illégitime chez les philosophes. |    |

SECTION II : LA RÉVOLUTION DANS LE DROIT ..... Pages  
90

L'étatisme révolutionnaire — Les principes d'égalité et de liberté appliquée à la constitution de la famille, à la condition du bâtard — La loi du 12 Brumaire an II — Condition de l'enfant abandonné.

CHAPITRE II : *Le statut de l'enfant adultérin en 1804* .. 100

L'état des mœurs en 1804 — Nécessité fondamentale de la famille légitime — Son organisation — L'union libre et l'enfant naturel — Statut de l'enfant adultérin — Nullité de la reconnaissance, conditions, sanctions. — Effet de l'annulation d'une reconnaissance — Recherche judiciaire — Cas dans lesquels la filiation adultérine est légalement établie — Effets de cette filiation — L'article 762.

CHAPITRE III : *L'évolution sociale et législative depuis 1804 et le statut de l'enfant adultérin* ..... 119

L'évolution générale. — L'interventionnisme, la désagrégation du groupe familial — Le sentimentalisme — L'évolution politique et économique — Causes immédiates de l'intervention de l'Etat. — Protection de la femme et de l'enfant dans la famille légitime, dans la famille naturelle. — Evolution de la condition de l'enfant adultérin. — La jurisprudence relative aux libéralités faites aux enfants adultérins — Leur légitimation — Les différentes lois — La protection de l'enfant abandonné.

LIVRE III

LES REFORMES

CHAPITRE PREMIER : *Nécessité de ces réformes* ..... 147

L'histoire, l'intérêt social, l'équité justifient ces réformes. Critiques des dispositions actuelles —

|                                                                                                                                                                                                                                                  |       |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| Le mouvement en faveur de l'enfance — L'exemple de l'Alsace-Lorraine, la protection de l'enfant adultérin de statut alsacien-lorrain — Dangers d'une abstention systématique, la doctrine socialiste — La législation de l'U.R.S.S. — Résultats. | Pages |
| CHAPITRE II : <i>Réformes proposées</i> .....                                                                                                                                                                                                    | 176   |
| SECTION PREMIERE : Etablissement de la filiation                                                                                                                                                                                                 |       |
| ADULTÉRINE .....                                                                                                                                                                                                                                 | 176   |
| Recherche de maternité adultérine — L'article 312 — La recherche de paternité adultérine — La reconnaissance de filiation adultérine — Modification proposée au texte légal.                                                                     |       |
| SECTION II : EFFETS DE CETTE FILIATION .....                                                                                                                                                                                                     | 188   |
| 1° Protection de la personne de l'enfant. — Puissance paternelle, tutelle. — Le juge des tutelles, le conseil de tutelle — Ses attributions et les pouvoirs du tuteur — Le subrogé-tuteur — Créance alimentaire .....                            | 189   |
| 2° Droits successoraux de l'enfant adultérin — Principe de sa vocation successorale — Ses droits dans la succession ab intestat, dans la succession testamentaire — Capacité de recevoir des libéralités entre vifs .....                        | 201   |
| SECTION III : LÉGITIMATION .....                                                                                                                                                                                                                 | 207   |
| Tendance actuelle — Légitimation des enfants adultérins a patre, a matre. Modifications de l'article 331.                                                                                                                                        |       |
| CONCLUSION .....                                                                                                                                                                                                                                 | 212   |







